RETRATO DE RUDOLF VON JHERING

Litografía de W. Krauskopf, 1884. Archivo de estampas del Ministerio de Cultura de Prusia (Bilderarchiv Preussischer Kulturbesitz), Berlín.

UNIVERSIDAD DE LEON
7905285930
340.12 JHE
b11251864
i1591S2S6

Rudolf von Jhering

Bromas y veras en la ciencia jurídica

Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas

Traducción del alemán por
TOMÁS A. BANZHAF

concordada con la decimotercera edición alemana por
MARIANO SANTIAGO LUQUE

Indices, analítico y onomástico, de
MARCOS G. MARTÍNEZ

Introducción de
J. BMS. VALLET DE GOYTISOLO

Cívitas

Primera edición en Civitas, 1987

La utilización de la traducción al castellano reproducida en el presente libro cuenta con la debida autorización de Ediciones Jurídicas Europa-América.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 1987, by Editorial Civitas, S. A.
Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid (España)
ISBN: 84-470-0147-4
Depósito legal: M. 3.232-1993
Compuesto en Fernández Ciudad, S. L.
Catalina Suárez, 19. 28007 Madrid
Printed in Spain. Impreso en España
por Closas-Orcoyen, S. L. Polígono Igarsa
Paracuellos de Jarama (Madrid)
Encuadernado por Gómez Pinto, S. A.
Polígono de Arroyomolinos. Móstoles (Madrid)

La primera versión española de este clásico jurídico, de cuya primera edición en lengua alemana se cumplió el primer centenario el año 1984, fue publicada por la Editorial Revista de Derecho Privado, de Madrid, en 1933, traducido bajo el título de *Jurisprudencia en broma y en serio,* por el catedrático don Román Riaza, de la tercera edición alemana, a la cual no se habían incorporado todavía algunos trabajos añadidos en la siguiente.

La segunda versión, bajo el sello de Ediciones Jurídicas España-América, de Buenos Aires, con el título de *Bromas y veras en la jurisprudencia,* apareció en 1974, traducida por Tomás A. Banzhaf de la novena edición alemana de Bretkopf und Härtel (Leipzig, 1904).

La presente tercera edición en castellano utiliza dicha traducción íntegra, enriquecida con amplios índices y rigurosamente concordada con la decimotercera edición original (Leipzig, 1924) habitualmente reproducida en forma facsimilar en Alemania, sin duda por ser considerada la más fiable.

El nuevo título de *Bromas y veras en la ciencia del Derecho* parece más apropiado para orientar al lector, jurista o no, acerca del contenido de la obra, ya que Jhering bromeaba de la actual ciencia del derecho en la versión dogmática de su tiempo —como ciencia positiva que, partiendo de las normas legalmente impuestas o consuetudinariamente vividas, construye conceptos, instituciones y sistemas— y no de la jurisprudencia —en su acepción de conjunto de las sentencias de los tribunales y doctrina que contienen o criterio jurídico de ellas derivado—; ya que tomaba muy en serio, en cambio, la ciencia jurídica o jurisprudencia en su concepción romana —«*divinarum atque humanarum rerum notitiae, iusti atque iniusti scientia*». (Ulpiano, *Digesto* 1.1.10.2.)

Ello no ha sido óbice para conservar «jurisprudencia» a lo largo de la traducción, toda vez que del propio contexto surge claramente la acepción en que el vocablo está siendo usado: la **de ciencia** o doctrina jurídica.

Ridendo dicere verum

La Equidad, con balanza y cornucopia

Aureo romano acuñado en la época de Marco Aurelio (siglo II d. C.), emperador filósofo autor de las *Reflexiones morales* o *Soliloquios*, que inspiraron a Fray Antonio de Guevara su *Reloj de Príncipes* (1529).

PRELIMINARES

INDICE SISTEMÁTICO 11

INTRODUCCIÓN 13

CRONOLOGÍA 29

PREFACIOS DEL AUTOR 35

PARTE I: CARTAS CONFIDENCIALES SOBRE LA CIENCIA DEL DERECHO ACTUAL

CARTA PRIMERA: INTRODUCCIÓN: DE LA CONSTRUCCIÓN CIVILÍSTICA 39

CARTA SEGUNDA: EL MÉTODO ESPECULATIVO EN LA CIENCIA DEL DERECHO: HUSCHKE, LASSALLE 49

CARTA TERCERA: EL INGRESO EN LA PRÁCTICA FORENSE. EL EXAMEN. SOLUCIONES DE CASOS PRÁCTICOS SEGÚN LOS LIBROS DE TEXTO 61

CARTA CUARTA: CONTINUACIÓN DE DICHAS SOLUCIONES 73

CARTA QUINTA: PROPUESTAS VOLKMAR PARA LA REFORMA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y DE LOS EXÁMENES 83

CARTA SEXTA: LA LITERATURA JURÍDICA. CAUSAS DE LA GRAFOMANÍA 99

PARTE II: CHARLAS DE UN ROMANISTA

CARTA A LA DIRECCIÓN, A MANERA DE «INTRODUCCIÓN» 115

ESTAMPAS DE LA HISTORIA DEL DERECHO ROMANO

I. El derecho de ocupación de las cosas sin dueño, antes y ahora 119

II. La ratonera del antiguo derecho sucesorio 125

CARTA A LA DIRECCIÓN 147

III. Los ricos y los pobres en el procedimiento civil de la antigua Roma 149

a) Discriminación entre patricios y plebeyos 149

b) Origen del proceso *per sacramentum*. Los juicios de dios 181

c) Multas establecidas por delitos contra la propiedad y las personas 195

IV. Un trampantojo procesal civil 205

PARTE III: EN EL CIELO DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS

UNA FANTASÍA 215

PARTE IV: DE REGRESO EN LA TIERRA

¿CÓMO REMEDIAR ESTA SITUACIÓN? 267

APENDICES:

INDICE TEMÁTICO 297

REGISTRO ONOMÁSTICO 313

En septiembre de 1892 escribía el profesor Adolfo Posada que, diez años antes, cuando se publicó en España la primera traducción de algo de Jhering, éste «no era apreciado como hoy [en 1892]». Después siguió aumentando el interés y la admiración por el genial profesor de Gotinga, aunque en 1933 el catedrático de Historia, Román Riaza, pensaba que «el interés por los trabajos del autor citado, lejos de crecer, puede decirse que ha disminuido». La realidad es que Jhering, con Savigny y Windscheid, son los tres alemanes del siglo XIX que son ya clásicos, con valor permanente en España, y que, como tales, no pasan de moda.

El curso 1933-34, cuando inicié mi carrera en la Universidad Autónoma de Barcelona, escucharía, en la clase de derecho civil, al Prof. Blas Pérez, la contraposición entre el concepto de derecho subjetivo de Windscheid, con su *Willenstheorie,* y el de Jhering, expresado como el del *Interesendogma.* Dos cursos después, el malogrado Prof. José Alguer me guiaría, adentrádome en los arcanos de la posesión, haciéndome observar las distintas perspectivas que, de ella, Savigny y Jhering mostraron. Realmente, con sus explicaciones, puso en mis manos «el juguete que el hada del derecho ha puesto en la cuna de la doctrina» —según palabras del propio Jhering—. Sin soltar el juguete, escribí, entre 1943 y 1944, el estudio —publicado tres años después— *La concurrencia de varias posesiones en una misma cosa inmueble,* para cuya elaboración tuve constantemente abiertos sobre mi mesa de trabajo las traducciones al castellano de los libros de uno y otro maestro alemán.

Luego me fueron llegando y recorrí con mis ojos las demás traducciones de obras de Jhering. Menos técnico-jurídicas pero más filosóficas o histórico-filosóficas que aquélla.

Recordemos: Rudolf von Jhering nació en 1818 en Aurich, Frisia Occidental, en el antiguo reino de Hannover, y fallecería en el año 1892. Fue

discípulo de Savigny y Stahl en la Universidad de Berlín. Allí fue pronto *privat docent* de derecho romano, haciendo de su seminario un laboratorio jurídico para el estudio práctico del derecho. En 1845 desempeñó una cátedra en Basilea, en 1847 pasó a ejercerla en Rostock, hasta 1848 en que la desempeña en Kiel; de allí fue a Giesen; en 1868 a Viena, donde el Emperador le concedió nobleza hereditaria, y en 1872 a Gotinga, Universidad que ya no quiso abandonar a pesar de las ofertas que se le hicieron de otras grandes universidades.

Son sus obras principales: *De hereditate possidente* (1842); *Disertaciones de derecho romano* (1844); *Cuestiones de derecho civil sin solución* (1847); *La falta en derecho privado romano* (1867); *Jurisprudencia de la vida diaria* (1870); los tres volúmenes que recopilan los trabajos que publicó en el «Anuario de dogmática del derecho privado romano y alemán», en los que se hallan sus trabajos sobre la posesión; *El Espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo,* en cuatro volúmenes sin terminar (1877-1878); *Der Kampfum's Rechdt,* es decir, *La lucha por el derecho* (1889, en su última versión); *Der Zweck in Recht,* o sea *El fin en el derecho* (1877-1886); *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1880), que ahora tenemos el gusto de prologar; *Prehistoria de los indoeuropeos,* libro póstumo, publicado en 1894, dos años después del de su muerte.

La primera obra de Jhering que se tradujo al castellano fue, en 1881, *La lucha por el derecho,* versión de Adolfo Posada con prólogo de Leopoldo Alas (Clarín), que se reeditaría en 1921 (Madrid. Lib. Gral. de Victoriano Suárez) y en 1985 (Madrid, Editorial Civitas), y de la que se publicó otra traducción de A. Pando y Gómez (Madrid, 1883). Le siguieron *El fin del derecho,* traducido por Leonardo Rodríguez (Madrid, B. Rodríguez Serra, Ed., s. f.) falto del volumen *La evolución de la moralidad; La posesión,* que recopila *El fundamento de la protección posesoria* y *La voluntad en la posesión,* traducido y prolongado por Adolfo Posada en 1892, del que se publicó una segunda edición el año 1926 (Madrid, Ed. Reus); *La prehistoria de los indoeuropeos,* traducida y con estudio preliminar también de Adolfo Posada (Madrid, Libr. de Victoriano Suárez, 1896); *El espíritu del Derecho Romano,* versión española anotada por Enrique Príncipe y Satorres, en cuatro volúmenes, de los que tenemos a la vista la novena tirada (Madrid, Casa Ed. Bailly-Bailliere, 1912), y *Jurisprudencia en broma y en serio,* traducido de la tercera edición alemana y con nota preliminar de Román Riaza (Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1933).

Vorrede

zur vierten Auflage.

Die gegenwärtige Auflage der Schrift enthält einen unveränderten Abdruck der drei ersten, am Schluß sind nur einige Nachträge hinzugefügt. Ich konnte sie den Abschnitten der Schrift, zu denen sie gehören, nicht anschließen, da dieselbe von der Verlagsbuchhandlung bei dem ersten Erscheinen derselben stereotypiert worden war. Der Leser wird wohl tun, sie des Zusammenhanges wegen im Anschluß an die betreffenden Partien (Zusatz 1 zu S. 137—174, die folgenden zu 175—231) der Lektüre zu unterziehen. Die Stereotypierung der Schrift hat es der Verlagshandlung ermöglicht, den Preis des Buchs gegen den früheren (8, bez. 9 Mark) ganz erheblich herabzusetzen (3, bez. 4.—). Möge diese Preisermäßigung dazu dienen, dem Buche in den Kreisen der Studierenden eine weitere Verbreitung zu geben, als sie bei dem früheren hohen Preise gefunden hat.

Göttingen, 14. Oktober 1891.

Rudolf von Jhering.

PRÓLOGO A LA CUARTA EDICIÓN,
de *Bromas y veras*, últimas de las publicadas en vida del autor, en 1891, tal como aparece reproducida en la decimotercera, Leipzig, 1924.

No existe hombre alguno que viva en una campana neumática. Todos vivimos en el ambiente de nuestro respectivo tiempo, que respiramos sin apenas percatarnos o ante el cual reaccionamos críticamente, sea para sobrepasarlo, ya para tomar otro camino, o bien, simplemente, para rectificar el ritmo o el estilo de la marcha, el atuendo, los pertrechos u otras modalidades del más común hacer u operar.

Hemos dicho que Jhering fue discípulo de Savigny y de Stahl. En ellos bebería del manantial de la Escuela histórica del derecho, que aquél había captado de la filosofía de Schelling y con la que trató de dar sentido a sus estudios de historia del derecho romano. Pero, en su desarrollo, esta escuela llegaría a singularidades bastante extrañas, en parte por su propia dirección, y, de otra, por habérsele ésta escapado de sus manos.

La escuela histórica apareció en contraposición frente a la escuela filosófico-jurídica de la Ilustración. En su racionalismo ésta había partido de que era posible a la razón humana, mediante el empleo del método cartesiano, formular idealmente un derecho ideal que, por su racionalidad, fuera igualmente válido para todos los tiempos y países. Los pactistas de las *Luces* tratarían de buscarle un apoyo positivo en el contrato social; por el cual, según Rousseau, la *volonté générale* sería el oráculo que dictaría las leyes, dando lugar al positivismo legalista y a su secuela, el método exegético. Contrariamente, la Escuela histórica se basó en el positivismo de los hechos expresión de las costumbres.

Pero de esos *fixismos* positivistas, de uno y otro inmanentismo, dimanaría por dos distintos cauces un *fluir*, también positivista e inmanentista, que llevarían: el primero, a convertir la razón, encarnada en la voluntad general, en movediza y variable como la opinión pública; y, el segundo, al seguir el río de la historia, el espíritu del pueblo dejaría atrás el pasado, y volviéndole la espalda, vendría a ser un sociologismo.

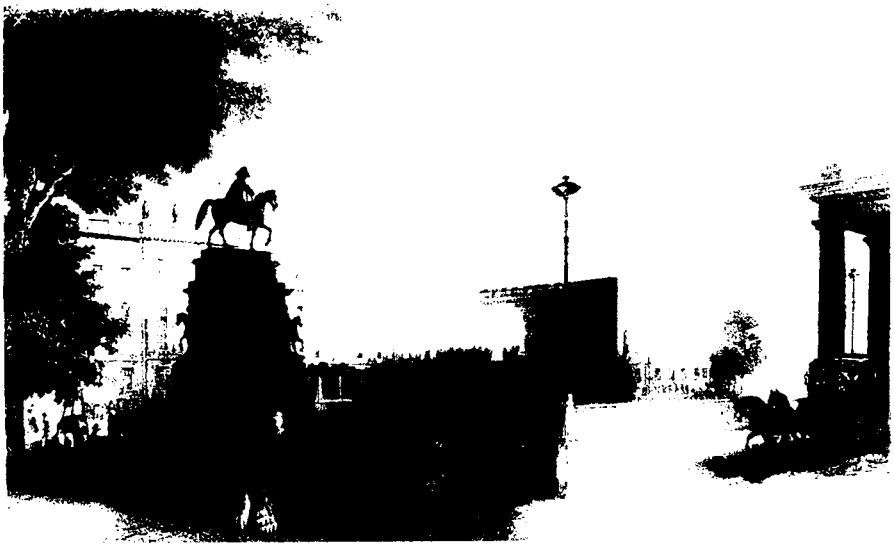
El genio de Hegel haría confluir ambas corrientes. La razón, encarnada en la voluntad, y el espíritu del pueblo se fundirían en la racionalidad del Estado, mostrada a través de la Historia, presuponiendo que la razón la rige, y que, por tanto, también la historia se desarrolla racionalmente. Postulados, como tales, indemostrables, en virtud de los cuales lo racional queda reducido a ser el puro hecho de las «concepciones culturales y jurídicas dominantes en cada momento», en una sociedad dada, de tal modo que, en cada instante, «todo lo racional es real» y viceversa.

Si esto se le escapó a Savigny, en cambio fue él mismo quien condujo a su escuela hacia caminos distintos de aquellos por los cuales discurre la historia real. A su juicio, «la marcha natural de la civilización», con «la división del trabajo y de los conocimientos», origina «la aparición de diferentes clases», cada una de las cuales dirige su actividad «hacia un objeto especial». «Así el derecho, que antes vivía en la conciencia del pueblo, por

consecuencia de las nuevas relaciones que crea la vida real, adquiere tal desarrollo que su conocimiento deja de ser accesible a todos los miembros de la nación». Se forma, en consecuencia, la clase especial de los jurisconsultos «que, en el dominio del derecho, representa al pueblo del que forma parte»; y en esa representación «ejercen sobre el derecho una doble acción: la creadora y directa» y la «puramente científica», en virtud de la cual «se apoderan del derecho, cualquiera que sea su origen, para recomponerlo y traducirlo de una forma lógica» (*Sistema*, lib. 1, § XIV).

Es de notar, también, que Savigny no trató de hallar aquellas costumbres germánicas que pudieran ser la raíz del espíritu de su propio pueblo, ni siquiera se preocupó del derecho romano que, a través de los autores del *ius commune*, vivían los prácticos, sino que se ocupó en desenterrar un derecho romano, con tal pureza, que no se vivía en las costumbres y ni siquiera conocían el pueblo alemán ni sus juristas prácticos.

Desde el año 1814 en que escribió la obra programática para la Escuela histórica del derecho *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación de la ciencia del derecho* —replicando a la invitación codificadora de Thi-



La Universidad de Berlín

Construida a mediados del siglo XVIII, al estilo francés imperante, según diseño del arquitecto Bouman. Grabado en acero de A. Carse. Contenido en la obra *Berlin and its Treasures*, impresa en Leipzig & Dresden por A. H. Payne.

baut, en *Sobre la necesidad de un derecho civil para Alemania*— hasta que publicó su *Sistema del derecho romano actual,* la pandectística había llegado a dotar a todas las Universidades de los diversos Estados alemanes de una enseñanza común del derecho de las Pandectas. Este, para Savigny, era el elemento constitutivo de la cultura jurídica alemana, con lo cual, mediante la convicción del pueblo, se desarrollaría de modo *orgánico* el derecho, pero a través de los juristas, como sus especializados representantes. Desaparecía así la objeción principal que, en la coyuntura de 1814, él mismo había opuesto a Thibaut.

Quien más decididamente llevó adelante esta idea fue Puchta. Este —como explica Wieacker (*Historia del Derecho privado en la edad moderna,* IV, § 20, I, 2 y 3) alcanzó a dar lugar «al tránsito —ineludible para el positivismo científico— desde el romántico espíritu del pueblo a la soberanía del especialista en derecho, en una teoría de las fuentes del derecho que se vale, como un artificio, de la filosofía de la historia de Fichte y Hegel. Puchta hace seguir sucesivamente, enlazando con la *Vocación* de Savigny, un "período de inocencia", un "período de diversidad" (es decir, de práctica empírica) y un período que fusiona la diversidad en una unidad superior, de "cientificidad", bajo la soberanía del jurista docto. El docto al que Puchta le adjudica un monopolio de formación del derecho en la teoría y en la práctica».

Así el fundador de la Escuela histórica del derecho y, tras de él, sus seguidores, centrándose en el estudio del derecho romano compilado por Justiniano, y prescindiendo de su aplicación como derecho común en sus recepciones, pandectizó la ciencia jurídica. En esa tarea elaboró conceptos y efectuó la construcción de un sistema que pudiera ser la base de un derecho alemán profesoral, promulgable por el Estado germánico, como lo ha sido en el BGB.

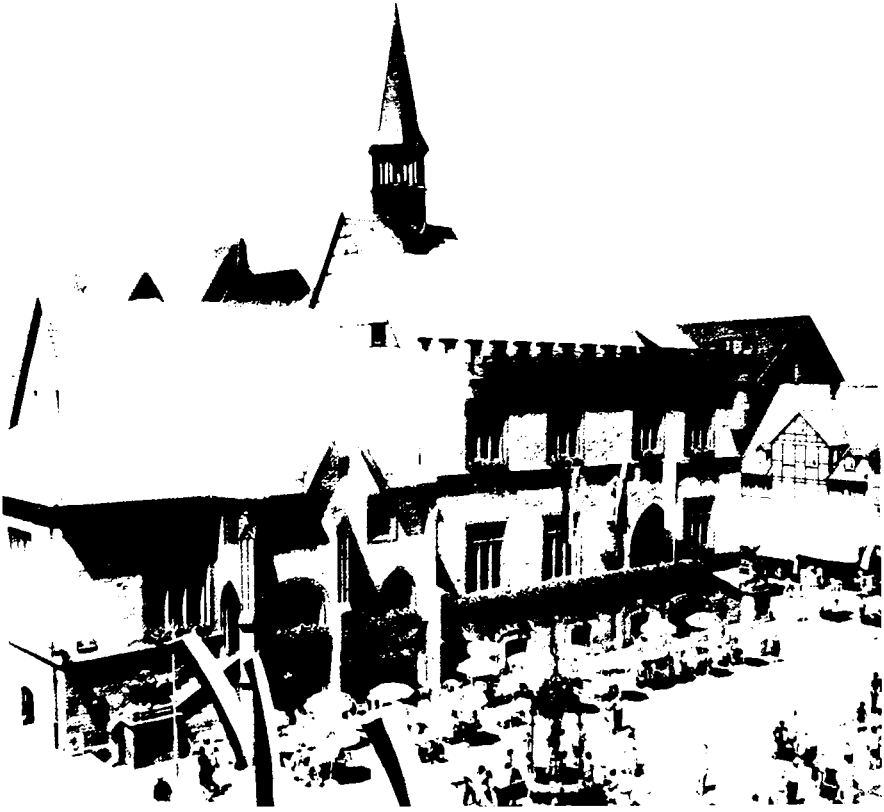
Por otra parte, la pandectística, al conceptualizar y dogmatizar conceptos, siguiendo una genealogía que arranca en la *res cogitans* de Descartes, adoptó en buena parte la metodología kantiana de separar la razón teórica y de la razón práctica, de diferenciar nóumeno y fenómeno, para conceptuar el derecho como relación social exterior dirigida a posibilitar la coexistencia de la libertad de cada uno con la de los demás, en un régimen común de libertad, mediante la coacción jurídicamente basada en la ley.

Jhering vivió en este ambiente, frente al cual reaccionó en muchas cosas, pero su conjunto le envolvió sufriéndolo más o menos a regañadientes.

Era cierto que, frente al formalismo de Kant y su aplicación —por Windscheid— al concepto de derecho subjetivo, se rebeló en cuanto exigió que esa *corteza formal* tuviera un *contenido sustancial,* que, a su juicio, radica en la *utilidad* o el *provecho,* mientras el elemento *formal,* externo, consiste en su *garantía* o *protección.* Por ello, definiría el derecho subjetivo como un *interés jurídicamente protegido.*

Este dualismo también lo refleja su concepto objetivo del derecho, aunque lo unifique, al conceptuarlo como el bien social.

En su concepción de ese aspecto externo, sufre Jhering, según reconoce Posada, «el influjo tiránico universal del pensamiento kantiano» (*Estudio prelimnar* de la *Prehistoria de los...*, p. XX). Según observa, tanto en el *Espíritu del Derecho romano* como en *El fin en el derecho,* «atiende casi



La antigua Casa Consistorial de Gotinga

Villa de la Baja Sajonia, en la que estudió y murió Rudolf von Jhering. Importante centro cultural, su universidad, una de las más prestigiosas de Alemania, fundada en 1734 bajo el mecenazgo del Príncipe Electo Jorge Augusto de Hannover, contaba en 1986 con catorce facultades, 28.000 estudiantes, 2.500 profesores y 7.000 funcionarios técnicos y administrativos, que representan casi el treinta por ciento de la población total de la «pequeña gran ciudad».

siempre, en la relación jurídica, al lado de la exigencia, principalmente, y asigna como caracteres esenciales del derecho los formales y externos por virtud de los cuales el derecho es norma impuesta desde afuera, en defensa de exigencias o fines (que estimulan a vivir) por el Estado...» (Prólogo de *La posesión*, p. 15).

Sin embargo, en *El espíritu del derecho roman*o (lib. II, 1.ª parte, cap. I, XXVIII, 28), Jhering señala la importancia que tuvo, para el buen desarrollo del derecho romano, el que denominaría *principio de la espontaneidad*, conforme al cual este derecho se mantuvo aislado de toda injerencia no jurídica e independizado del poder público, con plena separación de la administración de la justicia de los demás ramos de la administración pública.

En el segundo aspecto interno y sustancial del derecho, Jhering, como Savigny, vio el derecho como una obra espontánea del pueblo; pero no una obra lógica abstracta, sino como consecuencia reflexiva de la acción de motivos prácticos. El hombre obra siempre *por* y *para* algo, en primer lugar, para la satisfacción de sus necesidades. Se mueve, ante todo por egoísmo; primero por egoísmo puro; mas, como vive en sociedad, se produce una compensación de egoísmos. Pero la armonía espontánea no basta y, por ello, cuando no se logre debe suplirse la coacción. Con el tiempo —explica Posada, *Prehistoria de los...*, pp. XIX y ss. «el derecho se va complicando hasta tener vida propia, vida respetable y respetada por sí misma, como sistema normal de las leyes de un pueblo, a las cuales el Estado mismo se somete, como principios supremos imperativos. Sólo entonces, es decir, cuando el derecho se impone al Estado, el fin del derecho, o sea la seguridad efectiva de los intereses jurídicamente protegidos, se podrá realizar plenamente». Pero Jhering se percata de que el principio de la remuneración recíproca del egoísmo y el principio de la coacción, aun sumados, son impotentes para conseguir una racional y buena vida social. Sus lagunas deben llenarlas el sentimiento del deber y el amor, es decir, fuerzas no egoístas, *éticas*. He ahí el fondo unitario de su concepción del derecho como bien, necesario o útil, tanto para el individuo como para la sociedad.

Para comprender este contenido, el autor ha seguido un camino que califica de *método realista*, que es aplicación de su fórmula filosófica general, «no hay acción sin fin». La humanidad obra siempre por motivos prácticos, que Jhering busca como historiador y como filósofo-sociólogo. En la primera perspectiva se da cuenta —como, ya algo más de un siglo antes, había expresado Montesquieu— de la importancia del medio físico donde el pueblo vive y en cuyo seno se ha formado su civilización, que se ha fijado con el constante estímulo de motivos prácticos.

Posada cree que ese *método realista* «es el método positivo de la reconstrucción retrospectiva de la vida real, según los impulsos naturales de los factores que obran en la misma»; método conforme con el sentido experimental de la ciencia moderna (pp. XXVIII y ss.).

Tengo entre mis manos para escribir la parte final de esta introducción, esta versión *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz,* que recopila cuatro divertimientos del autor, tres en broma con un fondo muy serio y el otro en serio, en el que no faltan bromas. Todos repletos de finura que hacen repensar muy a fondo y resultan más formativas que muchos eruditos y gruesos volúmenes. El mismo autor, final de su prólogo, expresa su propósito, «las bromas sólo buscan que lo serio resulte más eficaz y práctico»... «Si a la primera impresión de hilaridad no sucede ninguna otra, daría por perdida la utilidad de la obra».

El autor escribe con alegre ironía; pero sin acritud ni sarcasmos, y sin ligerezas. Siempre muestra un profundo conocimiento de todo lo que trata. Se le palpan, aunque él no los exhiba, sus sólidos conocimientos del derecho y la historia romanos; su pleno dominio de la dogmática conceptual de su tiempo, con una fina penetración en todas las sutilezas analíticas y fácil elevación hasta los altos y difíciles conceptos; su formación filosófica, su extensa e intensa cultura.

No vamos a presentar panorámicamente el contenido del libro; pues el autor lo expone, en el prólogo, y explica la génesis de sus primeras partes. Además, el índice ya la muestra. En cambio, trataremos de algo que nos parece más ilustrativo para ambientar al lector. Intentaremos demostrar las concepciones a las cuales se dirigen sus bromas mostrando con ellas los graves fallos e, incluso, las aberraciones de la ciencia del derecho de su tiempo.

La filosofía moderna se ha desarrollado en dos principales direcciones, inspiradas en la nueva metodología científica ensayada en la edad moderna: una, en la matemática, tras el hilo dejado por Descartes, en su *Discours de la Méthode*, y otra, en la física, que ha seguido las indicaciones del *Novum Organum* de sir Francis Bacon. Kant trató de someter este camino a las directrices de aquél. Es decir, la razón práctica a la razón teórica, que impone sin más límites que la resistencia material de las cosas que resulte irreductible; pero, sin que ésta sea límite para el libre desarrollo de la razón pura, que —con Fichte— se hace voluntad.

Todas estas direcciones filosóficas han repercutido en el derecho. El racionalismo cartesiano, en la Escuela del derecho natural y de gentes —que no me cansaré de repetir se halla en los antípodas del método clásico del derecho natural realista de Aristóteles, los jurisconsultos romanos y santo Tomás de Aquino. Derecho natural clásico que también fue mutilado, a su vez, por aquellos iusnaturalistas católicos que —por lo menos a partir de Domingo Muriel a mediados del siglo XVIII— redujeron el derecho natural a un tratado de la ley natural, a pesar de que —según el Aquinatense— no debía confundirse con el derecho con la ley, que no es sino *aliqualis ratio iuris.*

El método analítico-sintético de Bacon y Galileo, influyó en Hobbes; el de Newton en Montesquieu. Este y Hugo ensayaron en esbozo el que, después, fue desarrollado, en concreto, por la Escuela histórica.

Hegel, como hemos recordado, ensamblaría, Razón e Historia con mayúsculas, encomendando esa realización al Estado.

En el ameno libro que comentamos, Jhering con el *realismo* —al que ya nos hemos referido— y con su humor, ironiza los errores de estas direcciones filosóficas y filosófico-jurídicas.

«Desde ahora quedas libre de los lazos de la sensualidad —me dijo— y las cadenas que ataban tu alma a tu cuerpo están rotas. Desde ahora en adelante, sólo eres espíritu.» Es decir, la *res cogitans* de Descartes. Pero, a su sentencia *cogito ergo sum*, en las alturas del idealismo filosófico, se «opone esta otra *cogito ergo est*, mucho más rica en contenido».

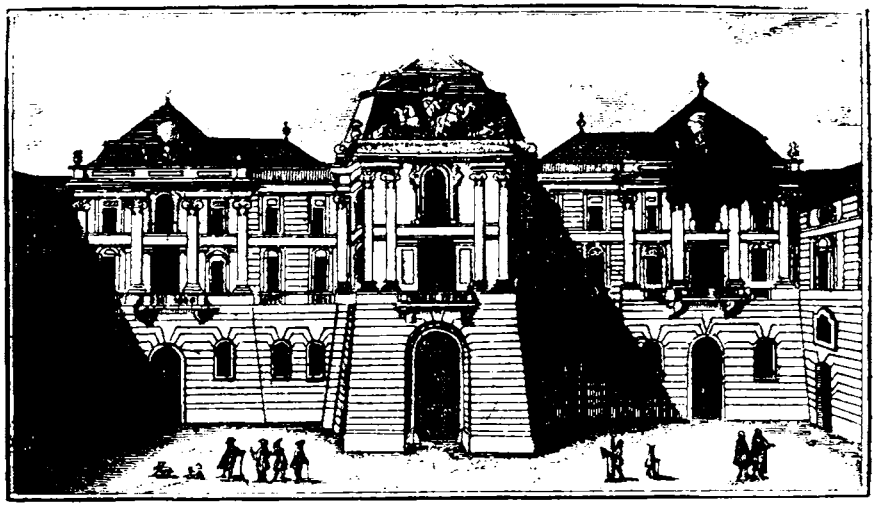
«Todo era espejismo y alucinación. El verdadero ser es de índole inmaterial, todo el mundo es espíritu y tú mismo eres parte de ese espíritu. Lo que piensas, eso es lo que es, el pensar y el ser son una misma y única cosa». En el estado de transición, «no sabrás si estás despierto o soñando, ni si lo que ves y experimentas es ilusión o realidad. Es este el primer síntoma de que tu conciencia subjetiva se está extinguiendo. Sabrás, seguramente, que todas las transiciones difíciles se operan pasando por etapas intermedias». Durante nuestra vida terrenal: «Sea que velemos, sea que durmamos —escribió Descartes— nunca nos deberemos dejar persuadir más que por la evidencia de nuestra razón. Y es de subrayar que digo de nuestra razón y para nada de nuestra imaginación ni de nuestros sentidos.» Es decir, «del mundo de las apariencias», como ironiza Jhering.

«El mundo que hasta ahora creíste percibir, no existía más que en tu imaginación, igual que el tiempo y el espacio, que eran formas de tu visión subjetiva, como debes ya saberlo si has estudiado y entendido a Kant y a Schopenhauer.» ¡Ya no se ven sólo fenómenos sino el nóumeno! «El tormento de la voluntad, como lo llaman vuestros filósofos, que sólo tienen a la vista la voluntad terrenal, ha cesado para ti. De ahora en adelante, tu solo pensar será querer. Lo que hayas pensado, lo habrás querido, y lo que hayas querido, será realidad. El pensamiento y la realidad son uno.» ¡Más que una caricatura, se muestra el *desideratum* de Fichte! «Te percatarás de que no eres tú quien existe y que piensa, sino que hay algo que existe y que piensa, y que tu ser y tu pensar tiene con respecto al ser general y al pensar general tanta independencia como puede tenerla una gota de agua en un río o una ola en el mar.» ¡Es la Una-Eterna-Voluntad-Infinita, creadora del mundo en nuestras mentes y por nuestras mentes, que el mismo Fichte creía asumida por el Estado!

Las consecuencias jurídicas de estas filosofías idealistas son bien mostradas. El espíritu que guía al autor en el paraíso de los conceptos jurídicos, le explica: «Del requisito del *uti* repetido, que por su realidad sensitiva sólo

es apto para la tierra, nos hemos librado sustituyéndolo por el concepto de la cuasiposesión, que no está sujeto a los sentidos y pertenece exclusivamente al mundo de las ideas jurídicas. Es el ascenso de la realidad del ser a la idealidad del pensar.»

Al negarse, en su sueño, a sufrir el examen de ingreso a ese cielo; y, por ello, asomarse en el cielo de los filósofos del derecho, Jhering fue invitado a hacer esta profesión de fe filosófico-jurídica: «Creo que todas las verdades jurídicas le han sido dadas al hombre por la Naturaleza y le son innatas, y que, por lo tanto, el hombre sólo necesita pensar con energía para hacer aflorar todas las riquezas que, en forma embrionaria, yacen en su raciocinio. El hombre lleva en su sentimiento jurídico, que, por habérselo dado la Naturaleza, es siempre el mismo en todos los pueblos y en todas las épocas, todas las verdades jurídicas generales; la diversidad histórica de los derechos, que parecería ser incompatible con esto, debe imputarse en parte a la imperfección del pensamiento, en parte a la legislación positiva, que es movida por el arbitrio o por meras razones de conveniencia.» ¡Este venía a ser el credo que, en el fondo, profesaba la Escuela del derecho natural y de gentes, y el que Rousseau trataría de encarnar en la *volonté générale*!



BIBLIOTECA DEL TRIBUNAL DE VIENA

Una de las bibliotecas más importantes de Europa en su época, la *Bibliothèque de la Cour,* fue construida según el proyecto del arquitecto austríaco Fischer d'Erlach (1656-1733), diseñador de los más importantes edificios de Viena.

Al concluir la segunda de las cartas de un desconocido, Jhering, después de exponer las «supremas revelaciones de la especulación» de otro jurista, por un «procedimiento» que «ha superado la finitud», con ayuda de la «voluntad general», llega a esta expresión final: «La especulación comienza donde termina el sentido común, y para poder dedicarse a ella es menester no haber tenido nunca o haber perdido por completo el bien del intelecto.»

Pero, comprueba, como en el cielo de los conceptos, al observar el muro del vértigo, donde en la parte más alta la senda va estrechándose cada vez más, «hasta no tener por último más grosor que el filo de una navaja de afeitar. Es esta la senda de la deducción dialéctica, en la que la razón, al menor traspiés, corre peligro de caer al precipio del absurdo». Sin embargo, puede elevarse hasta lo sublime del *mobile perpetuum* que la mecánica había tratado en vano de resolver pero que la jurisprudencia de conceptos había llegado a alcanzar. «Partiendo de la realidad sensible, se independiza inmediatamente de ésta, pues le basta la mera posibilidad. No hay ninguna relación visible con la cosa, no necesita ya de ningún acto que le prolongue la vida; basta que un jurista pensador la esté imaginando...» «He aquí el triunfo del pensar jurídico que ha superado la categoría de la realidad mediante la categoría de la posibilidad...»

Se comprende así que entre los juristas se haya producido una escisión que constituye una novedad.

En Roma, explica Jhering, «los profesores en su acepción actual, esto es, los teóricos exclusivos, no aparecieron en escena sino cuando la jurisprudencia ya tocaba a su fin»; y en su tiempo —el de Jhering— «apenas nos separa una generación» de su surgimiento. Y, asimismo, «entre los juristas romanos los límites divisorios entre jurisprudencia y filosofía no eran conocidos».

Pero si, conforme explica Kant, existe una razón pura o teórica y otra práctica, es consecuente la escisión entre filósofos del derecho y prácticos del derecho y entre teóricos y prácticos de éste. Jhering, ya en su primera carta de un desconocido, había objetado: «¡Escribir sobre derecho pasando por alto deliberadamente la aplicabilidad práctica de la materia es como construir un reloj poniendo gran empeño en su ornato, pero ningún cuidado en la marcha de su mecanismo!» En la cuarta carta, reflexiona en que «son cosas distintas conocer la anatomía de un caballo y ser un buen jinete». Pero, en el cielo de los conceptos, su guía le advierte de que es asombroso lo que logra el teórico del derecho «armado únicamente del razonamiento lógico: las más primorosas filigranas dialécticas, verdaderas maravillas de la agudeza humana, monumentos del pensamiento del siglo XIX». Lo cual, le dice: «sólo ha sido posible desde que la teoría se emancipó por completo de la práctica y se ha basado exclusivamente en sí misma, porque la condición de esa actividad dialéctica creadora es que se evite todo contacto con la vida práctica, que

ejerce, según el juicio de una autoridad en la materia, la misma influencia perniciosa sobre el teórico que la guerra sobre el soldado». Y así, «los tan loados juristas romanos que, por su amor a la vida, se dejaron guiar no pocas veces por hueros motivos utilizaristas; por eso, tampoco hallarás a ninguno de ellos en nuestro cielo».

Lo más grave es que esos teóricos desencarnados —como ocurre hoy— legislan o influyen decisivamente en el legislador, dándose a la luz leyes absurdas. Como aquélla a la cual, el juez, con quien practicaba el descono-

LA «GÄNSELIESEL» (LUISILLA DE LOS GANSOS)

Obra escultórica situada en la fuente del mercado de Gotinga, es «la muchacha más besada del mundo», ya que, cumpliendo una antiquísima tradición, todo nuevo doctor que sale de la Universidad debe besar a la impávida belleza.

cido —según cuenta en carta tercera— le dijo que «aunque todos los códigos del mundo contuvieran una norma tan absurda él nunca la aplicaría», ya que imposibilitaba lo que hacía falta.

El grueso de los juristas de la escuela histórica se había convertido en pandectista; y, de la pandectística, pasado al conceptualismo dogmático, perdiéndose muchas veces, en ese cielo de los conceptos, entre conceptos ideados lejos de toda realidad ante los que Jhering, al soñar, se horroriza...

El profesor de historia de la filosofía del derecho de la Universidad de París y director de los *Archives de Philosophie du Droit,* Michel Villey, ha observado las consecuencias que la crisis filosófica del nominalismo ha producido en la filosofía del derecho moderno. «Cuando se ha equivocado el camino y se ha llegado a un atolladero (...) mejor que perderse inútilmente en las fragosidades de la derecha o de la izquierda, es preferible volver hacia la encrucijada.» Esto «puede ser lo más corto en nuestra situación actual» —y no «practicar la huida hacia delante», como hace la filosofía del derecho moderna— y desde esa encrucijada «volver el camino del realismo clásico, equivocadamente abandonado».

Ya viejo, Jhering recibió de un amigo un ejemplar de la *Suma Teológica* de santo Tomás de Aquino. Debió leerla dado lo que, en su contestación, le escribe: «Me preguntó asombrado, ¿cómo fue posible que tales verdades conforme en otro tiempo estuvieron insufladas en nuestra doctrina protestante, pudieron caer en el olvido en forma tan absoluta? ¡Cuántos errores hubiera podido ahorrarse dicha doctrina, si las hubiera tomado en consideración! Yo, por mi parte, quizá no hubiese escrito todo mi libro, si las hubiese conocido.»

¡Claro que ese libro, al que él se refiere, no es el que, aquí, prologo!

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

1818. Nace en Aurich (Frisia Occidental). Hijo de Georg Albert Jhering, abogado, descendiente de Hermann Conring, jurista y naturalista alemán (1606-1681), con ascendencia, a su vez, de fuerte tradición jurista.

1818. Hacía tres años (1815) que el Congreso de Viena había devuelto a Prusia, capital Berlín, su rango de gran potencia, concediéndole territorios renanos.

1834. En Prusia se acuerda la Unión Aduanera *(Zollverein)*, preludio de la unidad alemana.

1836. A los dieciocho años termina Rudolf su segunda enseñanza.

1836. Los diferentes principados y ducados alemanes habían llegado a un acuerdo por medio de convenios bilaterales para formar la Gran Alemania, bajo la hegemonía de Prusia, con Federico Guillermo III.

1837. Estudia Rudolf la carrera de Derecho, sucesivamente en las Universidades de Heidelberg (1837), Gotinga (1838) y Munich (1839).

1838. En Gotinga también estudia Bismarck, tres veces mayor que Jhering. Aquél veintitrés, éste veinte.

1840. Al no encontrar favorable acogida para practicar la enseñanza oficial en Hannover, se traslada a Berlín, donde es discípulo de Savigny y de Stahl. Se doctora bajo la dirección de Homeyer. Tesis «El poseedor de la herencia en Derecho Romano». Cuenta veintidós años.

1840. En Prusia Federico Guillermo IV, el rey romántico.

1841. Es nombrado Jhering «Privatdozent».

1844. Publica en Leipzig el *Tratado de Derecho Romano.*

1845. Obtiene cátedra en Basilea.

1846. A los veintiocho años contrae sus primeras nupcias.

1847. Va Jhering a la Universidad de Rostock.

1848. Pasa Rudolf a desempeñar la cátedra de Derecho Romano en la Universidad de Kiel.

1848. Revolución en Prusia, eco de los sucesos de París. Levantamiento de los liberales en Berlín. Cincuenta y un liberales convocan un Parlamento en Heidelberg. Se reúne la Asamblea de Frankfurt. Preside el abogado Heinrich von Gagern. Ofrecen la Corona de la pequeña Alemania (excluida Austria) a Federico Guillermo IV, que la rechaza. En el mes de diciembre el rey de Prusia disuelve la Asamblea.

1849. Fallece su primera mujer, dejándole tres hijos.

1849. Reunida la Asamblea de Frankfurt, Federico Guillermo IV concede la Constitución.

1850. Desde el año 1845 se publica la revista «Jhering Jahrbücher» en la que colaboran entre otros juristas, Watcher y Delbruck.

1850. En Olmitz, Federico Guillermo IV capitula ante los austriacos. Se reorganiza la Dieta de la Confederación Germánica.

1852. Reside Rudolf en Giessen (Hesse), donde, al decir de sus biógrafos, compagina sus tareas culturales con el cultivo de espárragos y fresas en el jardín de su casa. Publica otra edición de *Der Geist des römischen Rechts auf den Verschiede,* en «Studen seiner Entwicklung», de Leipzig.

1857. Guillermo I, segundo hijo de Federico Guillermo III, ocupa la regencia de Prusia, y con ayuda del ministro de la Guerra, von Roon, prepara una Ley militar.

1860. Comienza a publicar en Berlín las *Vertrauliche Briefe einer Unbekanten* (Cartas Familiares sobre la jurisprudencia contemporánea por un desconocido), que continúan hasta 1866, en «Preussische Gerichtszeitung».

1860. Guillermo I ocupa el trono de Prusia por incapacidad de su hermano Federico Guillermo IV.

1862. Entra en la escena política el príncipe de Bismarck. Trabajos por la unidad de Alemania en beneficio de Prusia.

1864. Jhering escribe «Si los príncipes alemanes dejan plantado el honor alemán, me considero incluido en el partido revolucionario, ya que, después de una vergüenza tal, una revolución sería la única salida». Carta a Windscheid.

1864. Guerra de Prusia contra Dinamarca. Guerra de los Ducados. Paz de Viena.

1865. Como natural de Frisia, asiste Jhering con intensa emoción a lo que se considera la liberación del estado de Schleswig-Holstein de la dominación danesa.

1865. Convención de Gastein por la que el estado de Schleswig-Holstein se incorpora a Prusia.

1866. Como funcionario de Hesse, que mantenía correspondencia con amigos austriacos, le afecta vivamente la lucha contra ellos.

1866. Guerra de Prusia contra Austria. Victoria prusiana de Sadowa.

EL IMPERIO ALEMÁN A FINALES DEL SIGLO XIX

Gotinga (1873) - Ciudades en las que principalmente vivió, estudió y profesó R. von Jhering y año de su llegada a cada una de ellas

Tratado de Praga. Bismarck logra contener al rey Guillermo, que ambicionaba más anexiones a costa de Austria.

1867. Muere su segunda esposa tras larga enfermedad. Jhering publica *Ueber des Schuldmoment im Römischen Recht* (El momento de la culpa en el derecho privado romano), impreso en Giessen.

1867. Se constituye la Confederación Alemana del Norte, con el rey de Prusia, Guillermo I, como cabeza y Bismarck como Canciller.

1868. Publica Rudolf en Jena: *Contribuciones a la doctrina de la posesión.* Va a Viena.

1869. Escribe: *La voluntad de poseer.*

1870. Reside en Viena. Contrae tercer matrimonio. Viaja por Suiza, Italia y Estrasburgo. Publica en Jena: *La jurisprudencia en la vida cotidiana.*

1870. Guillermo I trata de evitar la guerra con Francia, pero Bismarck la lleva adelante. Ganan a Francia la batalla de Sedán.

EL PRÍNCIPE OTTO VON BISMARK (1815-1898)

Condiscípulo de Jhering en Gotinga. El Canciller «de hierro» del Kaiser Guillermo I de Prusia, artífice de la federación de los Estados alemanes y de la institucionalización del Primer Reich, que proclamó en 1871. En *Galería Universal de biografías y retratos.* Madrid. Elizalde y C.ª 1867.

1871. Conceden a Rudolf la Cruz de la Orden de Leopoldo.

1871. Guillermo I es coronado emperador en Versalles. Se forma el Imperio Alemán (I Reich).

1872. Invitado por la Sociedad Jurídica de Viena, pronuncia Jhering la conferencia que tituló: *Der Kampf ums Recht* (La lucha por el Derecho). El emperador de Austria concede título de nobleza a Rudolf von Jhering.

1872. Se lleva a efecto la llamada alianza de los tres emperadores: Prusia, Austria y Rusia.

1873. Otorgan a Jhering una cátedra en Gotinga, donde treinta y cinco años antes había sido estudiante.

1875. En Gotha se lleva a cabo la unificación del partido socialista alemán, bajo influencia de la fracción marxista.

1877. Publica Jhering en Leipzig *Der Zweck im Recht* (La finalidad del Derecho).

1878. Se dictan leyes proteccionistas, y otras leyes de excepción contra los socialistas.

1879. Alianza de Prusia con Austria e Italia.

1880. Reside Jhering en Gotinga. Escribe el *Fundamento de los interdictos posesorios*. Publica en las «Hojas Jurídicas» de Viena las *Charlas de un romanista*.

1881. Sale a la luz *Gesammelte Aufsatze*.

1882. Publica: *De la falta en el Derecho Privado*.

1882. Se ratifica la Triple Alianza de Prusia, Austria e Italia.

1883. Alemania efectúa colonizaciones en Africa, lo que provoca roces con Inglaterra.

1884. Publica Jhering: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (Bromas y veras en la ciencia jurídica).

1884. Pronuncia Jhering en Viena su conferencia «Ueber die Entstehung des Rechtsgefühls» (Génesis del sentimiento jurídico).

1885. Se edita en Leipzig, por Bretkopf und Härtel, la tercera edición de *Scherz und Ernst*...

1888. Interviene Jhering en las «Discusiones sobre sistematización de los conceptos fundamentales del Derecho Privado».

1888. Guillermo II, rey de Prusia.

1890. 15-III. Dimite Bismarck. Es nombrado canciller Caprivi. Se celebra la Conferencia Internacional del Trabajo. Guillermo II se niega a renovar el Tratado con Roma.

1891. Publica Rudolf von Jhering su tratado sobre *La voluntad en la posesión*, escrito en 1869.

1892. Fallece Jhering en Gotinga el 17 de septiembre.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA LEON FTAD. DERECHO

Bromas y veras en la ciencia jurídica

[A la segunda edición]

El presente escrito, cuya tendencia se colegirá de su lectura, consta de cuatro partes, de las cuales las dos primeras fueron publicadas hace ya años en sendas revistas, excepción hecha de un pequeño apéndice que añado ahora a la segunda. La primera parte apareció, anónima, en la Preussische (*más tarde:* Deutsche) Gerichtzeitung, *bajo el título:* Cartas confidenciales sobre la jurisprudencia de hoy. Por un autor anónimo *(Berlín, 1860-1866). Al principio, el secreto en torno a quién era el autor pudo mantenerse y por mi parte intenté preservarlo gastándome en esas cartas algunas chanzas a mí mismo. Pero más tarde ese secreto fue roto.*

La segunda parte apareció en las Wiener Juristische Blätter *(año XI, Viena 1880). Tuvo su origen en una reunión habida en la Sociedad Jurídica de Viena, de la cual soy miembro, en la que muchos me pidieron que escribiera una continuación de las cartas del autor anónimo, y yo prometí a los allí presentes directores de dicha revista que lo haría. Tras varios años, cumplí esa promesa y así nacieron las* Charlas de un romanista, *que publiqué entonces con mi nombre, conforme a lo deseado.*

En diversas oportunidades se me pidió que reuniera esas dos series en un volumen separado, pero lo fui postergando hasta que, por fin, tras haber concluido una obra seria de mayor envergadura, los dos tomos de El fin en el derecho, *creí haberme ganado el permiso de interponer en mis actividades una breve pausa para revisar esos dos trabajos y ampliarlos con un suplemento que reforzara su efecto. A esa tarea he dedicado los dos últimos meses y creo poder justificar el tiempo quitado a mis trabajos más importantes.*

Las tres primeras partes de la obra están dedicadas a las «bromas», y la cuarta a las «veras», pero a ninguno de mis lectores se le escapará que las cuatro persiguen una misma y única finalidad, ya que la broma sólo tiene por misión dar más relieve a lo serio. No quiero afirmar que ese sea el fin de la totalidad y cada una de las chanzas, pues muchas de ellas han sido puestas con mero ánimo de bromear. Mas espero que, en general, el lector no deje de tener la impresión de que también lo jocoso tiene en este escrito su significado serio y, aunque como primer efecto sólo haga reír al lector, si no tuviere otra trascendencia, estimaría que el trabajo ha errado su propósito.

Gotinga, 19 de noviembre de 1884.

RUDOLF VON JHERING

[A la cuarta edición]

*La presente edición de este libro reproduce sin cambios el contenido de las tres primeras, al que han sido añadidos al final unos apéndices. Me ha sido imposible colocarlos a continuación de las respectivas partes a que pertenecen, ya que desde la primera publicación la casa editora ha efectuado las impresiones valiéndose de planchas de estereotipia. Ruego al lector tenga presente que el primer apéndice corresponde al capítulo comprendido dentro las páginas 137 y 174 *, mientras que el segundo (que consta a su vez de dos partes) debe agregarse al texto comprendido entre las páginas 175 y 231 **. La estereotipia ha permitido al editor reducir considerablemente el precio del ejemplar, que de los ocho-nueve marcos que costaba descenderá a tres-cuatro marcos. Ojalá esta ventaja facilite una acogida más amplia, por parte de los estudiantes, que la dispensada a esta obra cuando el precio era más elevado.*

Gotinga, 14 de octubre de 1891.

RUDOLF VON JHERING

* Exactamente como continuación de «La ratonera del antiguo derecho sucesorio» *(N. del E.)*

** Dos trabajos complementarios de «Los ricos y los pobres en el procedimiento civil de la antigua Roma». *(N. del E.)*

Parte I

Cartas confidenciales sobre la ciencia del Derecho actual

por un autor anónimo

LA DIOSA MAAT

El concepto de Justicia tiene su origen en las más remotas civilizaciones y se comprende con el de Orden. Egipto personifica esa idea en la diosa Maat, hija del Sol, que ostenta sobre su cabeza una pluma de avestruz, símbolo de la verdad. Lapislázuli egipcio de mediados del primer milenio a.C., hacia la Dinastía XXVII, ya en la Baja Epoca de la civilización del Nilo.

Carta primera

[Introducción]

De la construcción civilística[1]

Las cartas que siguen son de las que se escriben con la mira de ser dadas a la imprenta, mas no sólo después de muerto su autor, lujo que sólo pueden permitirse personas ilustres, sino aún en vida del mismo, y a esto puede atreverse cualquier mortal, siempre que encuentre un editor o director de revista lo suficientemente bonachón como para arriesgar en esa empresa papel y tinta de imprenta. Casi todas las ciencias, artes e industrias han sido ya tratadas en forma epistolar, y es así como tenemos cartas sobre la química, la botánica, la zoología, la música, etc. Sólo nuestra pobre jurisprudencia, la cenicienta de las ciencias, ha quedado, como de costumbre, olvidada, y está a la zaga en por lo menos veinte o treinta años, pues, que yo sepa, nadie ha escrito todavía una carta sobre ella. Cabría esperar que le diera más lozanía otra forma moderna: la del *espíritu*. Desde que Montesquieu abrió la senda con su *Espíritu de las leyes*, nunca han faltado quienes destilaran el espíritu del derecho romano, prusiano, etc., para ofrecerlos luego por unas pocas monedas a todo amante del género. Y si esa moda cundiere aún más, podremos aguardar que aparezcan el espíritu del derecho territorial de Katzenellenbogen, el del derecho público del Electorado de Hesse, y cualquiera otros espíritus.

Por mi parte, recurro a la forma epistolar, menos ambiciosa, y aunque no pretendo ningún otro mérito, sí quiero tener el honor de haber sido el iniciador de esa forma en la ciencia jurídica, el primero en colocarla junto a los «ratos de ocio, reflexiones jurídicas, análisis, pensamientos inanticipables» y demás formas tradicionales bajo cuyo ropaje un jurista sereno y maduro da a conocer sus ideas al público. Aunque la ciencia jurídica fuera aún mucho más árida de lo que es, ¿no se podría escribir, por ejemplo, una

[1] *Preussische Gerichtszeitung*, año III, n. 41, 16 de junio de 1861.

carta sobre los derechos del sexo débil en el derecho territorial prusiano, sobre los privilegios de que gozaban los tontos en el derecho romano y otros temas interesantes, cartas a las que un bien colocado juez, fiscal o incluso consejero secreto de apelación podría consagrar sus ratos libres, en vez de dedicarlos, como lo hizo el finado Cramer, consejero de la Cámara Judicial del Imperio en Wetzlar, a componer cien y quién sabe cuántos volúmenes de «ratos de ocio»?

Quiero dejar sentado, sin embargo, que si la honorable dirección de este periódico quiere cargar con la responsabilidad de publicar mis cartas en una gaceta judicial, será asunto de ella y yo de nada respondo. Más aún, para apartar de mí la cohibidora idea de estar escribiendo para una gaceta judicial, haré de cuenta que el único destinatario es el señor director y que el destino ulterior de las cartas no me incumbe. Con el mismo fin de no perturbar mi serenidad, habré de guardar con todo rigor el incógnito, una forma de actuar que han escogido no solamente los grandes señores y caballeros andantes, sino, con frecuencia y buenas razones, también los escritores. Vos, señor director, sabéis cuánto esfuerzo os costó vencer el natural temor a presentarse en público que siente un hombre como yo, tan poco habituado al uso de la pluma. Sabéis también qué peligros entraña emplear el tiempo de ese hombre, que el Estado remunera tan bien con la suma de 600 táleros anuales, no solamente en confeccionar extractos de autos y minutas de sentencias, sino también extravagancias tales como las cartas jurídicas. En vista de que vuestro periódico cuenta con un público lector tan numeroso y se ha difundido, desde que se celebran las primeras jornadas jurídicas, por toda Alemania, os requiero solemnemente que guardéis el secreto con todo rigor, aun en los momentos de descuido, si es que un jefe de redacción puede tenerlos. Si el secreto se revela, la culpa será exclusivamente vuestra, pues fuera de vos y yo, que sabré guardarlo, nadie sabe quién es el autor de estas cartas. He elegido la forma epistolar también como un medio para protegeros contra preguntas indiscretas. Os pido aquí que os comprometáis públicamente, mediante una nota, a guardar ese secreto y una vez que lo hayáis hecho [2], ¿quién será tan entrometido como para pediros que violéis el secreto epistolar, que fue respetado hasta por Napoleón III en su golpe de Estado del 2 de diciembre?

Permitidme, sin embargo, levantar en un solo punto el velo que así echamos. Lo haré con una anécdota que vos probablemente conocéis. Aconteció en Berlín, en un baile de máscaras de la Corte, que durante varias horas cierto disfrazado iba y venía incesantemente al bufé, dando muestras de un apetito y de una sed no comunes en las personas que tienen acceso a veladas de esa categoría. El extraño personaje consumía cantidades colosales de horchata de almendra, limonada, vino y ponche, con sus corres-

[2] Por la presente nos comprometemos a guardarlo.—La Dirección.

pondientes bocadillos, a tal punto que por último se resolvió violar por una vez la libertad de disfraz y comprobar quién era aquel sujeto increíblemente voraz. Resultó ser... un soldado de la guardia del palacio, el decimocuarto que de esa manera venía saciendo su sed y su apetito. Será cosa vuestra aplicar este cuento al anónimo autor de estas cartas; de cualquier manera, mis conocimientos no alcanzan para escribir todas las cartas que serían necesarias para trazar un cuadro completo de la ciencia jurídica actual.

Una advertencia más, que quiero que sea al mismo tiempo el pacto que celebramos ante los ojos del público: escribiré estas cartas tal como me las dicten mi humor y mi antojo, sin obligación de ceñirme a plazos ni de observar un orden sistemático. En cambio, pongo como condición que se me conceda el privilegio de las máscaras, es decir, el derecho de no respetar a nadie con mis bromas y ataques. Cuando tengáis la impresión de que me he excedido, haced la salvedad en una nota o tachad lo que os venga bien tachar.

Y ya acompaño la carta primera.

Seguramente conocéis la historia del diablo cojuelo que levantaba los techos y mostraba a su protegido los secretos de los aposentos. Permitidme que por una vez haga su papel y os muestre las salas de estudio de nuestros teóricos del derecho. Allí podréis ver, de noche, muy atareados, al resplandor de una lámpara y teniendo a mano esa veta de sabiduría civilística que es el *Corpus Iuris,* a los depositarios de la ciencia del derecho común. ¿Qué es lo que hacen estos señores? Apostaría a que la mitad de ellos, al menos los más jóvenes, que son la esperanza de Alemania, están en este momento *construyendo.* ¿Y qué es construir? Hace unos cincuenta años no se sabía nada de esto, «la vida era cándida y feliz, y las armas apuntaban sólo a los pasajes de las Pandectas». Mas esto ha cambiado radicalmente. Quien no entienda hoy de «construcción civilística» tendrá que ver cómo se las arregla para andar por el mundo, pues la construcción es para un civilista moderno lo que la crinolina para una dama que se presenta en sociedad. No sé quién es el padre de esta moda. Sólo sé que hubo quien llegó al extremo de construir la misma construcción y de dar indicaciones sobre cómo hacer esto. Llegó incluso a erigir, para cumplir esa tarea, otro piso sobre el edificio de la ciencia jurídica, un piso que en consecuencia se ha llamado «jurisprudencia superior» [3]. En el piso de abajo

[3] JHERING en su *Geist des römischen Rechts (Espíritu del derecho romano),* tomo 2, págs. 385 y ss., y en los *Jahrbücher* dirigidos por él y por GERBER, tomo 1, sec. 1.

se realizan las tareas más rústicas; allí la materia prima es abatanada, curtida, puesta en adobo, en una palabra, interpretada, para pasar luego en el piso superior a las manos de los artífices civilistas, quienes la modelan y le dan forma artística. Encontrada esa forma, la masa inerte se convierte en un ser vivo; mediante algún proceso místico se le insufla vida y aliento, como a la figura de arcilla de Prometeo, y el *homunculus* civilístico, esto es, el concepto, deviene fecundo, se aparea con otros de su especie y prolifera.

Comprenderéis que todo depende de aquel acto de modelación civilística que es la construcción. Si al ejecutarlo se comete un error, si, por ejemplo, se unen las piernas a la cabeza, o se coloca la nariz atrás y lo que tiene su lugar allí en la cara, toda la labor será vana; sólo habrá nacido un engendro monstruoso. No es de extrañar, pues, que esa tarea, digna de los sudores de los más nobles, exija la dedicación de todas las fuerzas y que la inventiva y la capacidad de combinación estén constantemente empeñadas en ensamblar, ora así, ora asá, los distintos fragmentos.

Trataré de daros una idea de lo fatigosa que es esa tarea, mediante algunos ejemplos ilustrativos.

Una de las «figuras jurídicas» [4] más recalcitrantes, que revela una pertinacia verdaderamente demoníaca, es la *obligación correal*. ¿Deseáis conocer la literatura que existe acerca de ella en el derecho común? Eso ocuparía una nota interminable [5]. Los juristas de nuestra época pueden dividirse en dos clases: los que han escrito y los que no han escrito sobre las obligaciones correales. El concepto de la Trinidad no ha de haber deparado a los teólogos más quebraderos de cabeza que a nuestros juristas el concepto de esta dualidad o pluralidad civilística. ¿Es una sola obligación con varios sujetos o son las obligaciones tantas como los sujetos? Dad una vuelta y haced una encuesta para averiguar quién no ha lucubrado sobre este problema y cuántas noches de insomnio le ha costado a los adeptos de la ciencia. Me da vértigos sumirme en esa literatura y cuanto más leo, más me confundo, a tal punto que cuando tengo que juzgar un caso práctico, sólo puedo resolverlo olvidándome por completo de todo lo que he leído y oído sobre las obligaciones correales. Se dice que entre estas obligaciones y las solidarias existe una diferencia enorme, tan grande como la que puede haber entre un animal de cuatro patas y uno de dos. Mas preguntad a nuestros zoólogos civilistas cómo se manifestará esa diferencia en la práctica, cuando se quiere enganchar

[4] La expresión es de KUNTZE.

[5] Desde 1857 (hasta 1861) han aparecido no menos de tres libros sobre las obligaciones correales: VON HELMOLT (1857), FITTING (1859), SAMHABER (1861), para no hablar de todos los demás comentarios de esta teoría publicados en forma de artículos, notas bibliográficas, etc. [WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5.ª ed., tomo 2, § 292. Todavía en 1829 se pudo decir (GUYET, *Abh. aus dem Gebiete des Civilrechts*, pág. 262): «Es muy probable que sobre ningún otro punto importante del derecho romano la literatura sea tan escasa como sobre éste.» Quizá más de uno esté deseando que se vuelva a esa situación.]

el bípedo y el cuadrúpedo a un arado. Creo que la mayoría quedará debiéndoos la respuesta y se excusará diciendo que la zoología no se ocupa de cómo arar la tierra. El autor de cierto escrito sobre esta materia, a quien le señalé este defecto de su trabajo, me contestó que en sus investigaciones había excluido deliberadamente el lado práctico de la cuestión, para ocuparse exclusivamente del aspecto científico. ¡Escribir sobre derecho pasando por alto deliberadamente la aplicabilidad práctica de la materia es como construir un reloj poniendo gran empeño en su ornato, pero ningún cuidado en la marcha de su mecanismo! Ahí reside precisamente el mal: en que se convierta la jurisprudencia en una especie de zoología, cuando es en realidad el arte de arar con los animales de tiro que nos proporcionan el derecho [6].

Ya que estamos ocupándonos de las obligaciones, tomaré de este campo algunas otras muestras interesantes de lo que es la construcción. ¿Cómo os imagináis la obligación, esto es, la «figura jurídica», la «conformación lógica» de la misma? ¿Me decís que no os devanáis el cerebro por eso; que se puede prescindir de esos conceptos? ¡Dichoso de vos! Pero no faltará, os advierto, quien os diga que sois digno de lástima. La obligación puede concebirse como un derecho *al* acto o *en* el acto: en el primer caso, se dirigirá contra la persona, en el segundo, abraza el acto mismo, que es su objeto. Cabe incluso la posibilidad de imaginarla como un derecho *sobre* el acto. ¡Elegid ahora! Me diréis, quizá: ¿cómo puede tenerse un derecho *en* un acto que aún no existe? Antes de que el acto se ejecute, el objeto del derecho no existe, y una vez ejecutado, es decir, inmediatamente después de haberse cumplido la obligación, ya se ha extinguido. Preguntadle a Puchta cómo ha imaginado esto [7]. Otros autores podrán daros muestras similares de habilidad dialéctica. Hay muchos que definen la herencia como el derecho en la personalidad del difunto. Podría creerse que eso no sería nunca más cierto que en el momento de adir el heredero la herencia, ya que entonces

---

[6] Aprovecho esta oportunidad para negar cualquier culpa que se me pudiera atribuir en haber fomentado esa confusión, por razón de lo que digo en los pasajes arriba citados. *Unius positio non est alterius exclusio.* El énfasis puesto en el alto valor del aspecto técnico formal del derecho, de la técnica jurídica, se compadece perfectamente con el reconocimiento, que nunca me ha faltado, de que la meta última de la ciencia jurídica y de todas las investigaciones dogmático-teóricas, es de índole práctica, y esto creo no haberlo descuidado nunca en mis trabajos; investigaciones dogmáticas que no arrojaran algún resultado práctico aprovechable, no me atraerían en absoluto. Ya en mi *Geist des römischer Rechts* (III, sec. 1, § 59) blandí la lanza contra «el culto a la lógica que transforma a la ciencia jurídica en una especie de matemática» y señalé, dando algunos ejemplos significativos, lo insana que es esa orientación. Mi obra *El fin en el derecho* tiene por única finaldad poner de relieve la concepción práctica del derecho frente a la jurídica formal y la filosófica-apriorística; para ello, se fijó el objetivo de poner al descubierto por doquier los motivos prácticos de las instituciones y reglas jurídicas. El lector notará pronto que no dejé que escapara a mis burlas el material, tan apto para ello, que ofrece la actual jurisprudencia de conceptos.

[7] PUCHTA, *Pandekten*, § 219.

nace el derecho a ella. Pero no ¡mal deducido! Ahora, según algunos, la personalidad del causante se extingue, como la nube que se esfuma cuando se pretende abrazarla. Otros, y especialmente Puchta, son tan humanos que hacen perdurar la personalidad del causante en la de todos los herederos subsiguientes, hasta la consumación de los siglos. De ese modo, se haría realidad, desde el punto de vista jurídico, la metempsicosis de que hablaba Pitágoras o, si se prefiere, la inmortalidad de la persona. Una persona va embutida en la otra, como las cajas de diferentes tamaños en una tienda. Cada uno de nosotros lleva aún en su seno una partícula hereditaria, diluida al infinito, de nuestro padre Adán. Cada uno de nosotros es un atlante civilístico que, por herencia, tiene que conllevar el peso de la humanidad que nos ha precedido.

Sabed que con esto he tocado otro «fenómeno» civilístico, un objeto altamente estimado por la construcción: se denomina la *hereditas iacens* y si quisiérais que se incluya una nota con la bibliografía sobre este tema, os quedaríais asombrado ante el derroche de energía habido para tratarlo. ¡Qué poco sabe uno muchas veces lo que hace! Hace cándidamente el inventario de una sucesión, en el que especifica también los derechos y créditos del causante, sin pensar que éstos no pueden existir sin un sujeto y que, si los supone subsistentes, tiene que suponer también que subsiste el causante; en consecuencia, lo que está inventariando no es tanto un patrimonio, sino un muerto. A un espíritu formado en la escuela civilística, la idea de una sucesión en la que no subsista el causante le infunde tanto horror como a una persona religiosa la idea de un universo sin Dios. Hay algo de sublime y reconfortante en la idea de que, así como el sepulturero no puede, con su azadón, soterrar el alma, tampoco puede hacerlo con la personalidad jurídica, la cual, muy por el contrario, se eleva ahora, como un espíritu purificado, libre ya de todas las ataduras terrestres, para comenzar una etapa nueva de su existencia, con una jerarquía más elevada. Claro está que para los sujetos bastos, que sólo creen lo que pueden ver, ese espíritu no existe; pero ellos tampoco existen para la ciencia.

Justamente valiéndose del concepto de la personalidad, la ciencia moderna ha desarrollado sus ideas más audaces y excelsas, y es admirable cómo ha logrado, gracias a una hábil aplicación del concepto, espiritualizar la materia inerte y vivificarla jurídicamente. En sus *Dioses de Grecia,* Schiller evoca un estado de cosas en el que todos los objetos que a nuestros ojos parecían pertenecer a la naturaleza inanimada, los manantiales, los árboles, los altozanos, estaban en realidad poblados por seres divinos. Ese cuadro tiene hoy su réplica en el campo de la ciencia jurídica. Lástima que me falte el talento de Schiller para evocarlo debidamente. Pero aun en prosa no deja de causar efecto.

¿Veis aquel viejo tejado desde el cual la lluvia cae gota a gota en el predio vecino? ¿Qué creéis que es? Pues, un tejado viejo. Sí, pero ¿no veis

ese resplandor de la personalidad jurídica que se derrama sobre él como una luz eléctrica? Sabed, pues: ese viejo tejado es una persona jurídica [8], porque es el sujeto que justifica el goteo.

¿Veis que vuestro banquero tiene una gaveta llena de títulos de deuda pública, acciones, etc.? Vos diréis que son objetos de propiedad. ¡No, señor! Permitid que uno de nuestros teóricos [9] os haga saber que son personas jurídicas. El sujeto de un título al portador es el título mismo: es el Münchhausen civilístico que se saca del fango tirando de su propia coleta, librador y librado al mismo tiempo, sujeto y objeto. Construidme por favor el proceso jurídico por el cual conseguís acceso al teatro. Vos me diréis: he comprado una entrada, y esa entrada me habilita para entrar. ¡Eso no es una construcción, señor mío! Para que merezca el honor de tal, tendremos que pensar el proceso de esta manera: la entrada autoriza al «portador como tal», pero ese «portador como tal» es algo abstracto, una personalidad imaginaria, una persona jurídica, y si con esa entrada lográis tener acceso al teatro, será sólo porque representáis a esa persona jurídica; en realidad, quienes deberían haber entrado y ocupado las butacas son los billetes mismos. Dad las gracias a la dirección del teatro, que permite que se ejerza aquí un derecho de representación.

Ahora ya no os sorprenderá que, a los efectos de la construcción de la comunidad de bienes matrimoniales, ese matrimonio que, al examen somero, consiste en un hombre y una mujer, se amalgame para formar armónicamente una sola persona jurídica. Un jurista moderno [10] ha compensado a la mujer que se encuentra en cierto estado, es decir, en estado interesante, por ese sacrificio de su personalidad, elevando al rango de persona jurídica al *nasciturus* [11]. Mas, como según el derecho romano hay que contar con la posibilidad de que nazcan trillizos, cabrá preguntarse si cada uno de éstos habrá de tener una personalidad separada o si los tres han de formar una personalidad global triple. Sea como fuere, la vida humana queda así bella-

---

[8] BÖCKING, *Pandekten*, tomo 2, pág. 212.

[9] BEKKER (*Jahrb. des gem. Rechts*, dirigido por BEKKER y MUTHER, tomo 1, pág. 292): «El título mismo es el sujeto jurídico en cuestión, el acreedor... Todo portador por igual adquiere la facultad, en forma de un *ius possesionis*, de hacer valer contra el deudor ese derecho, que no es el suyo propio. El portador deviene, por así decirlo, representante del título y puede cobrar el crédito que corresponde a éste.»

[10] RUDORFF, en su edición de las *Pandekten* de PUCHLA, § 114.

[11] RÖDER, *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, sec. II, 2.ª ed., pág. 23, lo convierte ya en una verdadera persona, en un sujeto de derecho, que ya en el seno materno, apenas producida la concepción, hace valer su derecho a vivir. «La vida confiere un *derecho a vivir*, y no sólo al hombre ya nacido, sino también al que está sólo concebido, o sea que lo protege contra todo aborto o craneotomía ilegales, etc.». Siendo como es jurisfilósofo, RÖDER no ha planteado esta cuestión práctica: ¿cómo hará valer judicialmente ese derecho un óvulo fecundado que se encuentra en el claustro materno? La falta de un representante procesal podría suplirse dando a toda mujer casada y a toda otra, sospechosa de estar encinta, un *curator ventris nomine*.

mente colocada como puente entre dos personas jurídicas: el *nasciturus* y la *hereditas iacens*. La persona jurídica podría ser llamada la sustancia primigenia de la cual se forma y en la cual termina por resolverse la personalidad humana. La existencia física de los humanos es sólo una etapa intermedia transitoria entre las dos formas superiores de existencia de la persona: la forma puramente espiritual e inmaterial como personalidad jurídica.

Ahora que los tejados viejos, los títulos de deuda pública, etc., han hallado acogida en el círculo de las personas, no puede tomársele a mal al hombre si desea apartarse de esa compañía, aunque sea, en último caso, renunciando al honor de la personalidad. Y efectivamente, un jurista moderno [12] ha señalado el camino para una solución en tal sentido, por cuanto entiende la libertad como un derecho de propiedad sobre el cuerpo humano. El concepto de propiedad, desdeñado por los objetos inanimados, recobra así su valor aplicado al hombre. ¿Y por qué no? Sea que este diente mío me lo haya dado la Naturaleza, o me lo haya colocado un dentista, el diente será siempre de mi propiedad; cuando una persona de cabellera rizada vende su cabello a un peluquero o un delincuente vende su cadáver a un anatomista, para poder transferirlo deberá haber tenido antes la propiedad de lo que vende, y ¿qué otra cosa es el hombre sino la suma de todas las partes de su cuerpo y qué otra cosa la personalidad que la propiedad de esas partes? Cupo a un jurisfilósofo austríaco [13] el privilegio de deducir, a través de esa concepción, el derecho que el Marqués de Posa * reclamara a Felipe II: la libertad de pensamiento. El hombre tiene la propiedad de las «herramientas del habla»; para utilizarlas, es decir, para poder hablar, es menester pensar (lo que, dicho sea de paso, no siempre es menester para escribir, ni siquiera para escribir libros); en consecuencia, se tiene también el derecho de pensar. Sólo después de haber llegado a mi conocimiento esta teoría de Schnabel tuve la sensación de que mi pensar estaba asentado en una sólida base jurídica. Ahora sé que esa actividad no sólo se cumple *de facto*, sino *de iure*. Sé también desde entonces que tengo el derecho a sudar, a hacer la digestión, a rascarme cuando sienta picazón, etc.; cuando hago todo esto, sólo estoy ejerciendo el derecho de propiedad sobre mi cuerpo. De ahora en adelante, sólo los supinamente ignorantes podrán cuestionar el fundamento jurídico del derecho de autor: ese derecho reposa en la propiedad de las herramientas del habla.

Para restablecer el equilibrio, tras haberse trasplantado el concepto de propiedad de la cosa al hombre, se ha procedido a la inversa con el concepto de la obligación. La idea natural que nos formamos de la obligación

---

[12] VON VANGEROW, *Über die Latini Iuniani*, págs. 67 y ss.
[13] El hace ya mucho tiempo fallecido SCHNABEL, en su *Naturrecht*.
* Personaje del drama *Don Carlos*, de SCHILLER *(N. del T.)*

es que ella presupone como deudor a una *persona*; ahora se ha transferido ese concepto a la cosa pignorada y se ha definido a la prenda como el acto por el cual se obliga una cosa. Con el auge de la construcción jurídica, ha surgido una gran inquietud. Los conceptos jurídicos se han tornado ambulantes, ninguno tiene ya sosiego en el sitio que venía ocupando desde hace siglos y se tiene la impresión de que jugaran a las «cuatro esquinas». La propiedad no se conforma ya con su «pleno señorío jurídico sobre la cosa», quiere ser además el «derecho de *determinar el destino* de la cosa» [14]. El lugar que ella deja vacante viene a ocuparlo la servidumbre, que pretende ser la «propiedad en cualidades singulares de una cosa corporal ajena, ficticiamente consideradas como cosas independientes» [15].

Pero creada así artificialmente una cosa, la cosa verdadera sale presentándonos una dificultad, pues ya no es idónea para servir a la propiedad como objeto inmediato; la propiedad consiste ahora en la «obligación negativa, que tienen todos los no titulares, de no violarla» [16].

Un caso similar de rebeldía nos lo ofrece la prenda. En un escrito reciente [17], ha buscado emanciparse de su carácter de *derecho* y parapetarse detrás de la *acción pignoraticia*, como lo hacía ya, según se afirma, en tiempos de Gayo y Ulpiano.

En vista de todo esto, resulta muy confortante comprobar que ciertos conceptos que no tendrían necesidad de someterse a la construcción jurídica, se prestan voluntariamente para ello, y no puedo encomiar bastante la buena disposición de uno de los bienes más preciosos que nos ha sido dado a los mortales: la *esperanza*. Gracias a ello hoy conocemos no sólo la venta de la esperanza *(emptio spei)* que ya conocían los antiguos romanos, sino que últimamente nos hemos visto favorecidos también con un «derecho a la esperanza» [18] y hasta con un «derecho prendario sobre la esperanza» [19]. De ese modo, también las señoras en estado de «buena esperanza» tendrán resuelto el criterio jurídico aplicable a su estado; para sus vástagos existen ya otras providencias (ver nota 12).

Logrado así un remate tan conciliador para esta primera carta, obraría en contra de mi interés si la complicase con nuevos añadidos.

---

[14] GIRTANNER, en mis *Jahrbücher für Dogmatik*, tomo 3, pág. 83.
[15] ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*.
[16] KIERULFF, *Theorie des gem. Civilrechts*, tomo 1, pág. 155.
[17] BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, tomo 1.
[18] W. SELL, *Bedingte Traditionen*, pág. 18, nota 2.
[19] PUCHTA, *Pandekten*, § 210, n. 2.

Carta segunda

El método especulativo en la ciencia del Derecho: Huschke, Lassalle [1]

Es un honor para mí que diversas personas os hayan preguntado cuál era mi nombre, y un honor para vos haber guardado tan fielmente el secreto. Aunque deseo que lo guardéis también en lo sucesivo, no me arredra descorrer un poco el velo de mi incógnito, haciendo un relato de mi carrera. Así podrá ocurrir que alguno de mis conocidos adivine quién soy.

¡Qué feliz fue aquella época de mi vida en la que aún —por no decir que me nutría de los pechos de la ciencia— pendía con juvenil entusiasmo de los labios de mi maestro Puchta [2], por cuya boca me hablaban diariamente Gayo, Paulo, Ulpiano y muchos otros grandes y pequeños profetas del *Corpus Iuris,* cuyos nombres llegaron a serme más familiares que los de todos los juristas actuales, salvo el del maestro mismo! Gracias a ese entusiasmo mío y a la perseverancia con que él proveía todos los días a sus oyentes de textos de las Pandectas, que los menos se molestaban luego en consultar, me vi ya en edad temprana en posesión de un *Corpus Iuris,* pude vencer mi juvenil timidez y el misterioso terror que me inspiraba aquella reliquia de la Antigüedad, encuadernada en pergamino, y penetré intrépidamente en los subterráneos del saber civilístico, ya entonces tildado entre mis conocidos de falto de valor práctico. En vez de deleitarme con ellos escuchando la música de Mansio, busqué mi solaz en la soledad de mi habitación, en las estipulaciones, testamentos y acciones de Ticio, Mevio, Aulo Agerio y demás personajes de los casos planteados en las Pandectas y por Gayo. Los manantiales de los cuales me surtía y con que apagaba mi sed eran las *fuentes del derecho.* En vez de visitar el «Invernáculo de Kroll»,

---

[1] *Deutsche Gerichtszeitung,* 1861, n. 85.

[2] Esto es ficticio. Jamás asistí a las clases de PUCHTA, pero sus obras influyeron en mi formación más que las de ningún otro autor.

iba a la biblioteca, y de ahí volvía acompañado por los *Ulpiani fragmenta, Gaii institutiones,* todos ellos, por así decirlo, valores de peso. Crecía en mí la sensación de que esa compañía me cuadraba mejor que las de mis compañeros de estudios y cada vez me envolvía más el hechizo del derecho romano, hasta que un día comprendí de repente con toda claridad que mi porvenir pertenecía a la ciencia. En ese momento quedó concebido el futuro teórico.

Ya ardía en mí el deseo impetuoso de dedicarme a la creación teórica. Las ideas de grandes gestas de estudioso gorgoteaban y afloraban en mí como burbujas en una copa de champán. La interpretación de una *lex damnata,* la vida y los escritos de Quinto Mucio Escévola, el *nexum,* la *lex Pesulania de cane,* el *vadimonium,* los *praedes,* la *servitus luminum,* una plétora de los más atractivos problemas me rondaba y me fascinaba. Pero mi mal hado quiso que me detuviera y enredara en un tema que habría de acarrearme muchos pesares. Fue una tarea que casi me hizo perder la razón, y que, en definitiva, me causó un perjuicio no tan grave, pero sí muy doloroso: tuve que renunciar a mi carrera científica.

Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

Estas pocas palabras marcaron un viraje en mi vida. De no haberlas leído, mi nombre quizá figuraría hoy en escritos teóricos inmortales, y no en expedientes perecederos y fácilmente reponibles. El alma simplona de un jurista normal no alcanza a comprender ni remotamente la profundidad y la altura de esa regla. Tuvo que nacer un Hegel y tener por discípulo a un Gans, el apóstol que propagó su método dialéctico entre los juristas, para que a éstos les fuera anunciado [3] que solamente la especulación filosófica podía penetrar hasta el fondo de esa máxima, ya que «el intelecto se esfuerza vanamente cuando se trata de comprender el espíritu sustancial». Dicha máxima contiene «la idea clave de todo el derecho sucesorio romano», pero también de toda la historia de Roma: la antítesis de lo colectivo abstracto y de la personalidad, la lucha entre dos principios, la autoridad y la libertad, «condenados a enfrentarse por un fatal destino, pues la familia y el derecho del individuo son como dos potencias enemigas, de las cuales una tiene que vencer a la otra, y cuya unión y conciliación son sólo los frutos del mutuo inervamiento».

Yo estaba cautivado por la excelsitud de este razonamiento, pero aún habría de cautivarme mucho más un artículo de Huschke [4] sobre este mismo tema, con cuya lectura comprendí por primera vez qué altura de conceptos puede alcanzar el derecho romano y me percaté al mismo tiempo de lo pobres que eran mis fuerzas. Como ese artículo tuvo en mi vida una influen-

---

[3] GANS, en su *Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung,* tomo 2, págs. 451 y ss.
[4] HUSCHKE, *Über die Rechtsregel: Nemo pro parte, etc.,* en *Rhein. Museum,* VI, n. 8.

cia tan determinante, debo permitirme reproducir aquí sus fragmentos principales.

«Cuando el hombre muere, su persona pasa, junto con el derecho personal, al ámbito del derecho sagrado, se convierte en *Dii Manes,* pero su personalidad patrimonial queda en el *ius humanum* y constituye la *hereditas;* por consiguiente, ésta se diferencia de la persona viva solamente en el sentido de que representa a la persona patrimonial desmembrada de la real y constituye, como tal, una cosa.»

Aquí nuestro autor mantiene todavía un pie en la tierra, pero luego alza también éste y se eleva, como un temerario aeronauta, subiendo cada vez más a las regiones de lo abstracto, allí donde el embriagado espíritu ya no ve nada que le haga recordar la tierra y se baña en el éter límpido e incontaminado del pensamiento puro. La sucesión hereditaria, que en nuestro mundo es un trámite bastante simple, es para él «una perpetuación jurídico-patrimonial de la familia. Así como en la procreación se hace continuar la existencia personal o de la especie en un miembro nuevo de la misma especie, en la sucesión hereditaria se hace continuar en otro individuo la existencia individual, que sigue produciendo efectos sólo en el aspecto patrimonial. La primera coincide con el punto culminante, la segunda con el fin de la vida humana. El engendramiento es la especie muriente; la sucesión, el individuo muriente. La especie muere en el hijo; el individuo, en el heredero. Mas como la existencia jurídico-patrimonial no tiene menos vida que la común, la sucesión hereditaria sólo puede concebirse de este modo, a saber, que cuando esa existencia jurídico-patrimonial como tal se desprende, igual que una semilla, se incorpora en ese mismo instante a la nueva personalidad. Si ambos momentos no coincidieran, no se comunicaría algo vivo, sino algo análogo a una semilla echada, pero no caída en surco y, por ende, incapaz de generar nada. La sucesión sólo puede concernir a la familia, pero no a la *hereditas* propiamente dicha, porque ésta presupone una persona ya fallecida y es, por consiguiente, algo carente de vida».

Más adelante, el autor se pregunta cómo la *hereditas* puede ser adida. Esto, en el fondo, perturba el cuadro y prueba que todavía no se ha elevado a una altura que le permita perder de vista completamente el mundo real con sus cuestiones prácticas. Para nosotros, habría sido un acto de denuedo filosófico si hubiera negado totalmente la posibilidad de adirla. El autor resuelve el enigma de la siguiente manera: «Lo que el causante deja como *familia* es, desde el punto de vista del heredero, la *hereditas.*»

Permitidme que de aquí en adelante omita algunos pasajes y especialmente que suprima las comillas, que de por sí no me agradan y con mayor razón no quiero usar para enmarcar estas ideas tan profundas. *Familia* y *hereditas* son una y la misma cosa, pero también no lo son, según el punto de vista que se adopte. Su objeto es idéntico, pero las direcciones en que apuntan son diversas. El objeto es la libertad patrimonial del causante.

Pero así como el presente debe contemplarse al mismo tiempo como la conclusión del pasado y el comienzo del futuro, y pasa al futuro entero y completo con todos los elementos que miran al pasado, así también la libertad patrimonial que el causante deja como *familia* la concibe el heredero como *hereditas*; pero al tomarla como tal, la tiene al mismo tiempo como *familia*. De ahí se desprende que la *hereditas* no es algo sin vida, sino únicamente el aspecto menos vivo, pero ansioso de ser revivificado, que se oculta detrás del aspecto más vivo, que es la *familia*.

Los últimos razonamientos transcriptos fueron los que ejercieron en mi vida la apuntada influencia y los que hicieron del artículo de Huschke una barrera que me cerró para siempre el acceso a la carrera científica. Sondear esos razonamientos, comprender esa enigmática figura de la *hereditas*, que pertenece por mitad a la naturaleza animada y por mitad a la inanimada, y que es, vista por delante, herencia, y vista por detrás, causante, tal era el problema que me propuse resolver, poniendo las fuerzas de mi espíritu en una tensión que puede llamarse espasmódica. Era un digno paralelo al problema, planteado por la esfinge, de aquel ser que andaba por la mañana en cuatro patas, al mediodía en dos y al caer la noche en tres. Cuando de día me hube afanado —y a mi parecer no sin éxito— en echar mano a mi imaginación, recurriendo a diversos objetos de uso cotidiano que también representaban utensilios diversos según el lado del cual se los mirara, como podría ser una cuchara de un lado y un tenedor del otro, se me aparecía de noche en sueños una visión fantástica de la *hereditas*, que hacía mofa de cualquier parangón o punto de referencia sensible, y detrás de ella, el profundo pensador que la había creado, semejante en toda su apariencia a la esfinge y, como ésta, presto a arrojarme al abismo si no resolvía el enigma. Cierta noche angustiosa creí haberlo resuelto. Tenía a la *hereditas* en mis manos. Al tacto era exánime, fría y húmeda. Mas cuando me disponía a apoderarme de ella con un gesto de triunfo, dio un respingo, y el fantasma, que había cobrado vida, se incorporó y me lanzó hacia atrás de un violento empellón, exclamando: «Iluso, ¿crees acaso que cogerás la esencia de la *hereditas* con tus manos? ¡Mientras no hayas roto las cadenas del intelecto, nunca podrás llegar a contemplarme!»

A la mañana siguiente yo yacía en cama, presa de visiones espantosas, sacudido por la fiebre, y los médicos se preguntaban si se trataba de una simple meningitis o de un ataque de locura. ¡Cómo podían saberlo si no tenían ni la más leve noción de la extraña dolencia que me aquejaba, el específico delirio jurídico! Vos sabéis cuán largos fueron en aquel entonces mis sufrimientos y cómo aún durante mi reconvalescencia la sola mención de las palabras *hereditas* o *familia* me provocaba un sudor frío. Los médicos, al darme de alta, me prohibieron para siempre continuar trabajando en mi tesis y me aconsejaron que renunciara a la carrera científica si estimaba en algo mi salud mental. No me atreví a desechar ese consejo, ya que había

sentido en mi propia carne la terrible verdad del aserto de Gans, de que «el intelecto se esfuerza vanamente cuando se trata de comprender el espíritu sustancial».

Dije pues adiós a la *hereditas* y a la teoría, sin haber llegado siquiera en mi estudio del mentado artículo al punto en el cual se desenvuelve de una manera sumamente convincente el verdadero fundamento de la regla *nemo pro parte*: «Cuando alguien instituye un heredero, es esa misma persona el heredero, la que cumple ese acto. En el acto de institución coinciden pues el sujeto y el objeto; la familia quiere transmitirse al heredero, ella se transmite a sí misma por herencia. Si no hay pues diferencia entre testador y herencia, se deduce que así como la herencia es indivisible desde el punto de vista objetivo, es también indivisible la voluntad subjetiva que coincide con ella, y por consiguiente excluye la concurrencia de otra voluntad.»

Las penas de aquella época han quedado atrás y ya creía yo muerto su recuerdo, cuando hace poco renació con mayor intensidad al llegar a mis manos el último trabajo sobre derecho sucesorio romano, la obra de Vering, *Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung*, Heidelberg, 1861.

Mi estado de ánimo al leer ese libro sólo podrá comprenderlo alguien que haya tirado, por creerlo sin valor, un billete de lotería que resultó luego agraciado con el primer premio. Las ideas que expone ese autor ya las había tenido yo antes que él, y de no haber sido por el maldito temor de trastornarme el juicio, las habría desarrollado y publicado y ese libro llevaría hoy mi nombre. La *hereditas* tal como la describe él es exactamente igual a la que se me había aparecido en aquellos momentos de intensísima actividad mental, que sólo un médico pudo calificar de delirio febril. Si hubiera tenido junto a mi cama a un taquígrafo, para que apuntara mis soliloquios, Vering podría haberse ahorrado su trabajo.

Con buena razón, Vering emplea en vez del totalmente gastado término «*hereditas*» la palabra «*familia*», que ya fue usada, con cierta timidez, por Huschke. Aunque el concepto en sí es el mismo, ese nuevo nombre lo realza, como también da realce a un almuerzo frugal la denominación *diner*. Así adquiere categoría nobiliaria y es sacado de la esfera de las ideas corrientes, sale del mundo burgués para incorporarse a la alta sociedad. A los profanos les acosará, quieran o no quieran, la sensación de ser ellos mismos muy ignorantes, y se asombrarán de los grandes avances de la ciencia. Intente alguien explicarle a un profano la regla de que la obligación, según el derecho romano, es inseparable del sujeto, diciéndole que la obligación está inseparablemente unida al sujeto. Esa tautología difícilmente le arrancará una reverencia. Pero si el autor formula la explicación en los siguientes términos (pág. 101, nota 2): «por la obligación, la *familia*, la personalidad jurídica, está trabada, legitimada, o comprometida», el efecto será innegablemente distinto. La *familia*, ese «ser imperecedero» (pág. 89), suministra

al heredero «el *commercium* del causante» (pág. 88), la «capacidad jurídica privada de éste» (pág. 103), lo que es en verdad un servicio inapreciable, comparado con el cual el hecho de proporcionar los bienes, en que consiste para nosotros el beneficio de la herencia, queda reducido a la nada. Esto tiene especial importancia para un heredero de capacidad restringida, que cambia ésta por la mayor capacidad del causante. La personalidad es *indivisible,* como «toda libertad, todo ser viviente y todo lo que, jurídicamente, tiene carácter de personalidad», y hasta el «sol, que es uno e indivisible, que irradia su luz en todas las direcciones (sin por ello dividirse)», tiene que iluminar con esa luz la oscuridad que envuelve la indivisibilidad de la *familia* (pág. 108). Como el término tiene felizmente una doble acepción (la de herencia y la de familia), resulta también fácil probar (pág. 115) que «el heredero es considerado miembro de la familia, por cuanto acoge la *familia defuncti* y entra así en la más íntima relación con el causante», y es fácil también hallar la «necesidad natural» de la personalidad ficta de la *hereditas iacens,* que deriva del concepto y de la esencia del derecho sucesorio, así como la clave de todo el derecho sucesorio romano puede hallarse en una singular característica de su derecho de familia.

Cuando había ganado la sensación, en mi vida profesional, de estar a salvo de cualesquiera tribulaciones que pudiera depararme la *hereditas,* el destino hizo llegar a mis manos, por intermedio del librero que me surte de novedades, una obra que viene a cerrar el episodio de mi vida que os he venido refiriendo. Su lectura me ha hecho sentir todos los horrores del juego de las maléficas fuerzas del destino y comprender el misterioso enigma de la propia vida. Dicha obra es la segunda parte del *System der erworbenen Rechte* (Sistema de los derechos adquiridos), publicado hace poco en Leipzig bajo el seudónimo Ferdinand Lassalle, y lleva el título: *Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung* (La esencia de los derechos sucesorios romano y germánico en su evolución filosófico-histórica).

Nunca he visto a su autor con mis ojos, pero lo conozco tan bien como a mí mismo, pues lo he llevado dentro mí y lo he nutrido con mi sangre. ¡Soy yo mismo, él es mi doble, mi otro yo! Vos conocéis seguramente la horripilante historia que cuenta Hoffmann en su *Elixir del diablo.* Trata del hondo tema psicológico de las dos naturalezas que moran en el hombre, de las cuales una se independiza de la otra y asume forma física, como una nueva encarnación, para convertir en hechos lo que en el alma sólo fue un impulso pecaminoso, un pensamiento. Las perversas lucubraciones de aquel monje loco, la figura espectral del hermano Medardo, el espeluznante encuentro de los dos sosias... ¡ahora sé por qué desde hace cinco años todo aquello me ha venido causando un pavor irreprimible! ¡Era que yo mismo habría de experimentar la tragedia de tener un doble! En aquella noche de espanto que le he descrito, me dejé caer en mi lecho, desfallecido y desani-

mado por la infructuosidad del pensar puramente intelectual. En eso sentí una punzada en la cabeza, como si me arrancaran la *pia mater* o todo el cerebelo. Ahora comprendo: en aquel entonces se desprendió de mí el pensar especulativo, que ahora anda por el mundo como mi doble, pero usando, en vez de mi nombre, el seudónimo Ferdinand Lassalle. Me quedó como única herramienta el pobre, insulso y estrecho intelecto, con el cual estuve desde ese momento condenado a vegetar. Mi doble, por su parte, quedó así liberado del yugo del intelecto, que me dejó a mí, y puesto en posesión del único órgano que puede captar la esencia de las cosas. ¿Es de extrañar entonces que en él se cumpliera la promisión de la *hereditas,* que se quitó el velo para mostrarle su faz? Su regocijo es ahora comparable al de un ciego que ha recuperado la vista tras una larga noche de tinieblas y se alboroza por la potencia de sus ojos y por haber podido ver la maravilla de la *hereditas* y, lo que es más, haber sido *el primero* en verla. He aquí que lo dice: «no solamente éste y cada uno de los pormenores, sino todo el derecho sucesorio romano, tanto en sus pormenores como en su conjunto, ha sido hasta el día de hoy totalmente mal entendido, *sin excepción alguna,* y ha permanecido ignorado como un enigma indescifrado» (pág. 8). Hasta el padre de la Iglesia Clemente de Alejandría había «logrado entender mucho más a fondo que todos los juristas juntos» la esencia del testamento *per mancipationem* romano (la continuación espiritual de un individuo por otro) (pág. 152). Tampoco «Gans podía llegar a comprender el espíritu del derecho sucesorio, por cuanto no había expurgado suficientemente su alma de las *concepciones empíricas* de ese derecho» (pág. 11). Y ni se hable de Huschke, cuyo mentado artículo «constituye uno de los más grandes, loables y atormentados esfuerzos del intelecto pensante para acercarse al concepto sin pensar en términos conceptuales. Por eso, comparte el fatal destino de la más penosa reflexión intelectiva, que yerra su objetivo cuando parece haberle llegado más cerca, y se queda abrazando una sombra» (pág. 488). Dicho artículo «guarda semejanza con el obstinado deseo de un hombre que quiere volar sin alas y que en sus intentos cae siempre a tierra, cada vez con mayor violencia. Vemos aquí un incesante embate del intelecto contra los barrotes de una jaula, que sólo consigue causar estrépito, pero no estremecer la prisión» (pág. 495). ¿Quién podría conocer esta situación mejor que el autor, si es que algún recuerdo le ha quedado de las penurias y martirios que tuvo que soportar antes de escindirse de mi persona? De esto apenas me cabe duda, ya que, según él, «la existente unidad de voluntad (del heredero y del causante)» conexa con el estado de *suus* «por estar inmediatamente dada, puede penetrar en el útero y abrazar a la persona desde los comienzos de su existencia como tal» (pág. 240). De ahí se explica el frenético odio y desprecio que el autor siente por el intelecto, pero también su exacto conocimiento de la esencia del mismo, que le permite, haciendo un minucioso análisis del artículo de Huschke, «ofrecer un aporte sobre la fisiología del intelecto, que

siempre ha venido causando estragos «desde la caída de Roma) y causa más estragos en el derecho que en ninguna otra disciplina» (pág. 514). En verdad, posee un órgano maravillosamente desarrollado para detectar aun los más pequeños vestigios de esa misteriosa fuerza, por diluida que esté. Lo prueba concluyentemente el hecho de que haya escogido para hacer su «necropsia científica» precisamente el artículo de Huschke, y que a su parecer sea el intelecto de ese autor «el más elevado y su agudeza la más talentosa y modélica». De las tres categorías de intelecto por él descubiertas, le atribuye la tercera, que es la más alta. «Hay —dice— tres categorías de intelecto. Tenemos el intelecto que ve siempre un solo lado de las cosas, que es el intelecto *limitado*[5]. Luego está aquel que cuenta con el suficiente desarrollo para ver ambos lados de las cosas, pero nunca *al mismo tiempo*, sino sólo *alternadamente*. Este es el intelecto *cultivado, desarrollado*. Como sólo ve de por vez un lado de las cosas, no siente sus contradicciones, vive en paz con Dios y con el mundo y sobre todo consigo mismo, coloca cada aspecto en un rincón diferente y cuando necesita echar mano de uno de ellos, lo hace y olvida por completo el otro. El intelecto *más raro* y *más elevado* es aquel que ve los dos lados de la cosa al tiempo y que, por esa razón, advierte también sus contradicciones. Y como las siente, esas contradicciones se convierten para él en un tormento y precisamente por eso tal intelecto supremo debe sufrir ese penoso proceso». (Justamente lo tuvo que sufrir el autor cuando todavía era mi especulativo hermano Medardo y yo lo albergaba en mi seno, y por eso ha podido describirlo de una manera tan vívida y emocionante). «Como no puede superar la contradicción que encierra la cosa misma, quiere al menos arrebozarla con palabras, y es entonces cuando se inicia esa desordenada caza de los vocablos adecuados. Mas, por borrosa que sea la forma de redacción que logre darle, en lo recóndito de su conciencia retumbarán las sarcásticas carcajadas de la contradicción que, una vez advertida, no puede ya borrar de su mente. A fuerza de tirar para acá y para allá, sólo consigue hundir más ese punzón en su carne. Y cuando por último tiene que abandonar, sin aliento, cubierto de sudor y tembloroso, esa alocada cacería, lo único que lo mueve es la *desesperación* de ver que su tarea es irrealizable, etc...». En síntesis, he aquí descrita la tortura que padecimos él y yo en la consabida noche.

Gracias a sus exactos conocimientos de la fisiología del intelecto, el autor ha sabido mantener su libro exento de ese veneno, de suerte que a lo largo de sus 608 páginas no he podido hallar ni la más remota traza del mismo. Lo confirma lo siguiente: Aunque el autor niega a los estudiosos del derecho positivo la facultad de comprender cabalmente el derecho sucesorio, cree poder «garantizar que ninguno de ellos, tras haber leído solamente

[5] Una especie del mismo ha de ser, sin duda, el limitado intelecto del súbdito, que sólo ve las cosas del lado del derecho.

los veinte primeros parágrafos de este libro, podrá escapar a la imperiosa sensación de la exactitud de sus planteamientos, sensación que irá creciendo hasta convertirse en una convicción positiva inconmovible». ¡Es como decir que el jurisconsulto positivista, primero declarado ciego, podrá ver!

Probad vos ahora si tenéis la facultad de entender esa «conciliación del derecho positivo y la filosofía del derecho», como se titula también la obra.

«A la infinitud del sujeto proclamada por el Cristianismo le precede históricamente otra forma más externa de infinitud, la de la voluntad subjetiva (es decir, según la pág. 233, la posibilidad de colocar a *otra persona como la presencia de la propia voluntad,* la identidad de la voluntad, la inmortalidad subjetiva de la voluntad); esto es lo que llena de significado el derecho sucesorio romano y el espíritu romano en general. *La inmortalidad romana es el testamento* (pág. 23). Este último es la forma en la cual la infinitud del sujeto fue captada y conquistada por el espíritu romano. Este triunfo de la pura libertad de la voluntad, de la interioridad abstracta, fue el que permitió al romanismo llegar a ser la etapa dialéctica inmediatamente anterior a la interioridad del espíritu cristiano, aún más profunda y abstracta. La inmortalidad espiritual en su concepción romana es la etapa inmediata anterior a la inmortalidad cristiana (pág. 223). La voluntad supera la finitud convirtiendo a otra persona en su continuador y portador (pág. 25). El verdadero significado del testamento no radica tanto en el hecho de que se haya dictado una disposición sobre los bienes que se dejan, sino en el hecho de que se crea un sucesor en la voluntad, en la creación de la continuidad de la voluntad» (pág. 28). Para el autor, el patrimonio es algo tan secundario que el «testador no le transmite al heredero su patrimonio, sino únicamente su voluntad, aun cuando la voluntad y el patrimonio aparezcan conexos (en cuyo caso éste será un mero accesorio de aquélla)», mientras que según la concepción contraria «el patrimonio habría engullido a la persona» (pág. 17). En consecuencia, en el testamento *per mancipationem,* el objeto de la mancipación que se hace al heredero no es «ni el patrimonio, ni la cosa, sino la subjetividad de la voluntad del causante» (pág. 116). Por eso también cuando el heredero legítimo instituido por testamento, en el cual recae también el primer llamamiento, quiere repudiar la herencia para adquirirla *ab intestato,* libre de legados, la ley, al prohibírselo, no tiene en mira el interés de los legatarios —«esto es sólo la ilusión, la apariencia»—, sino el interés del testador, para que se «mantenga la voluntad que él ha fijado expresamente y que le resulta más adecuada» (pág. 245). En realidad, la sucesión intestada no es propiamente de derecho. La opinión corriente que ve en ella la forma principal y en la sucesión testamentaria una desviación, «constituye uno de los más radicales y más crasos errores» (art. 27). En realidad, sucedió a la inversa: la forma primitiva y normal es el testamento, mientras que «la sucesión intestada sólo se le agrega como una forma

que es idéntica a la voluntad individual, como esa misma voluntad presupuesta, para suplir la voluntad propia del individuo que no ha sido expresada» *(voluntas tacita)* (pág. 386). Entre los herederos *ab intestato* no corresponde incluir al *suus,* que es un intermedio entre el heredero testamentario y el *ab intestado,* la inmediatez de la identidad de la voluntad (pág. 251) o «hablando conceptualmente, un testamento viviente» (pág. 403). Cuando el agnado más próximo repudia la herencia, no se produce una *successio graduum et ordinum.* Esto es una necesidad especulativa, porque «no son los individuos quienes heredan; la que hereda es la idea de esa articulación de voluntades; el individuo sólo hereda en cuanto es el representante temporal de esa idea» (pág. 421). La diversidad de consecuencias que tenía para el derecho antiguo la preterición de un hijo perteneciente a los *suis* y la preterición de un nieto o una hija, constituye asimismo «una de las pruebas más brillantes de esa consecuencia especulativa, rayana en lo maravilloso, del antiguo derecho civil» (pág. 261). En la hija, por ejemplo, «en cuanto está sometida a la potestad del padre, se da también la identidad de voluntad con éste, y esta identidad es inmediata, dada la índole de la relación —pero no llega a ser total, como en el caso del hijo» (pág. 257).

¡Mas, basta ya de especímenes, de los que quizá ya hemos dado demasiados! Si se me permite deducir las enseñanzas de lo que hemos venido considerando, las resumiré en estas dos reglas:

1. *El antiguo derecho sucesorio romano es el reino del pensamiento especulativo hecho realidad.* La totalidad y cada una de sus disposiciones, todo lo que tiene y lo que no tiene, puede ser desarrollado por la vía especulativa, y aunque ni un solo texto de ese derecho hubiera llegado hasta nosotros, Lassalle habría sabido reconstruirlo por la vía apriorística. El comienzo de la capacidad de testar con la pubertad («el acto de testar y el acto de procrear son ambos actos de creación realizados por el propio yo, de albedrío del espíritu el uno, de índole natural el otro» [pág. 165]; ¡y aquí sería oportuno recordar la relación que hay entre el *testari* y los *testiculi!*), la calidad de *suus* («vemos aquí el triunfo del concepto especulativo, del cual se deduce por sí solo y sin esfuerzo el significado que tiene la disposición sobre la calidad de *suus,* que hasta ahora había sido un misterio», pág. 226), las consecuencias de la preterición de los hijos, hijas, nietas, el derecho sucesorio del *proximus agnatus,* la exclusión de la *successio graduum et ordinum,* para ser breves, nombradme cualquier institución: la explicación de todas y de cualquiera de ellas será sólo un juego de niños para quien supo por fin «arrancar al derecho sucesorio el velo materialista que lo cubría y lograr que su alma pura cobrara, atravesando lo material, una forma transparente» (pág. 5). Deberéis exceptuar por cierto las instituciones de las épocas posteriores; en éstas, hay que resignarse a ver cómo «todo el concepto especula-

tivo del derecho sucesorio se va a pique para hundirse en valoraciones humanas» (pág. 158).

La otra enseñanza es

2. Que el *intelecto* tiene totalmente vedada la vía al *entendimiento* de estas supremas revelaciones de la especulación. ¿Y cómo habría de entender (aunque fuera un intelecto n.° 3) que, por ejemplo, cuando de dos gemelos huérfanos, ambos aún lactantes, uno muere y es heredado *ab intestato* por el otro, el proceso, desde el punto de vista especulativo, habría de adoptar la siguiente forma? El causante que se desvivía por saber que su voluntad se inmortalizara o continuara, ha instituido, mediante un acto de voluntad tácita *(tacita voluntas,* ver *supra),* a su hermano por «la presencia de la voluntad propia». Habiendo superado así la «finitud», aunque fuera con el auxilio de la «voluntad general» y tras haber lanzado una agradecida mirada a su colactante, portador de su voluntad y sucesor suyo por representación legal se duerme apaciblemente y retorna satisfecho a la materia sustancial primigenia.

Creo que contaré con la plena aprobación del autor si, para finalizar, siento el siguiente corolario: La especulación comienza donde termina el sentido común, y para poder dedicarse a ella es menester no haber tenido nunca o haber perdido por completo el bien del intelecto. Cuál de estas dos alternativas se aplica al autor resulta de mi descripción de su originaria identidad conmigo. Al mismo tiempo habéis venido a enteraros, señor director, por qué, tras haberse desprendido de mí mi facultad especulativa, para tomar forma humana en la persona de Ferdinando Lassalle, y haberme quedado yo con la simple facultad intelectiva, me he visto obligado a renunciar a los estudios teóricos y embarcarme en la actividad profesional.

Mis experiencias y vivencias en ese campo serán el tema de mi próxima carta.

Carta tercera

El ingreso en la práctica forense. El examen. Soluciones de casos prácticos según los libros de texto[1]

Recordáis a aquel autor anónimo que el año pasado os escribió dos cartas sobre la nueva jurisprudencia, que fueron luego publicadas en vuestro periódico?

A decir verdad, yo habría merecido que me olvidarais, y tirarais esas dos cartas al cesto de papeles, en vez de publicarlas.

No me pidáis que os explique la razón de mi largo silencio. Si me viera forzado a justificarme, podría ocurrírseme oponeros una de las excepciones más modernas, brotada en el campo postal austríaco: la *exceptio kallabiana,* es decir, la excepción de las cartas interceptadas, que es, a fe mía, uno de los inventos más inestimables del siglo XIX para los que somos tardos y perezosos en escribir cartas [2].

Si queréis tomaros la molestia de echar un vistazo a mi última carta, veréis que le habíais agregado, con mi autorización, notas en las cuales se defiende el método especulativo contra mis ataques [3]. Yo podría adoptar con respecto a esas notas la misma actitud que ha adoptado el gabinete danés para con las notas que le dirigen los gobiernos de Austria y de Prusia con relación a la cuestión de Schleswig-Holstein: hacerme el desentendido. Pero esto sólo lo haría si efectivamente discrepáramos en el punto, y, en realidad, no hay tal discrepancia. Lo que he querido combatir en esas cartas

[1] *Deutsche Gerichtszeitung,* año IV, 1862, n. 55.

[2] Cuando se publicó esta carta, cualquiera podía entender a quien aludía esta expresión. Pero hoy requiere una explicación. Kallab era un funcionario de correos austríaco que por espacio de largo tiempo había interceptado todas las cartas de las que suponía que pudieran contener dinero o valores; un garduño postal mayúsculo. En su casa se encontró una masa increíble de correspondencia sacrificada, que daba la idea de un campo de batalla o de un cementerio de misivas.

[3] No las he incluido aquí porque no tienen ningún valor. Su autor (HIERSEMENZEL, un amigo personal de LASALLE) ha fallecido hace ya mucho tiempo y por eso no tengo por qué refrenar mi crítica.

no es la orientación especulativa en sí, sino sus aberraciones, que vos, seguramente, tampoco pretenderéis amparar. Por lo demás, aprovecho gustosamente esta ocasión para hacer justicia al brillante talento demostrado por el más reciente fautor de esa orientación, el señor F. Lasalle. Si yo tuviera su capacidad, tendría algo mejor que hacer que escribir estas cartas; querría cuando menos llegar a ser, al cabo de algunos años, uno de los máximos jurisconsultos vivientes. Para los menos dotados no existen esos peligros que generalmente tienen algo tan tentador para los espíritus geniales. En las peñas altas podremos sorprender a las gamuzas o a las cabras monteses, pero no a los corderos. Cabe añadir que dichos peligros amenazan solamente a los teóricos, pero no a los prácticos del derecho. Para hacer madurar ideas excéntricas se requiere la tranquilidad y el recogimiento de una habitación de estudios; un despacho o bufete es tierra infértil para producirlas. Por grande que sea la inclinación que un individuo haya venido sintiendo por esas ideas desde pequeño, bastarán unos pocos años de actividad profesional para convertir a la más arisca cabra montés en un manso y útil animal doméstico, que estará muy contento si puede entrar en el servicio público e ir avanzando por el escalafón hasta una de esas cúspides que el Estado ha puesto como cebo para la ambición humana: los cargos del juez de circuito, de juez municipal, territorial o de corte, para no hablar de la dignidad de consejero de un superior tribunal de apelación. Muy de cuando en cuando aparece, por excepción, algún abogado que cree haber nacido para ser reformador de la ciencia jurídica, y que, desvelado por esa idea, las involuntarias horas de ocio a que lo condenan sus clientes las emplea para bien de la humanidad, elucubrando ideas de trascendencia universal que esparce luego, con un gesto furibundo, entre la atónita muchedumbre de los juristas de miras estrechas. Podría ser que estas excursiones mías por el campo de la jurisprudencia me den alguna vez la oportunidad de analizar algo más de cerca este peculiar juego de nuestros modernos titantes del derecho, pero hasta allí habrá trecho, porque supongo que estaréis de acuerdo con que dé prioridad a los auténticos eruditos de profesión.

Si Rolando y Bayardo hubieran tenido que forjar ellos mismos sus espadas, seguramente habrían muerto como oscuros espaderos y no como héroes cuya fama llenó el mundo. Tuvieron la posibilidad de cumplir sus proezas porque los armeros de su época les quitaron aquel trabajo. Pero de esa reflexión se deduce esta enseñanza: si nosotros, los prácticos, tuviéramos que fabricar nosotros mismos nuestro armamento teórico, si tuviéramos que editar las Basílicas, desenterrar a Gayo, comentar el *Corpus Iuris,* escribir los compendios de las Pandectas, etc., no nos alcanzaría el tiempo, de tanto trabajo preparatorio, para ejercer nuestra profesión. En vez de blandir la espada de la justicia, tendríamos que templarla y afilarla, y tardaríamos mucho en llegar a ser Rolandos o Bayardos. Por eso, no podemos agradecer lo bastante a la Providencia por habernos librado de esa tarea y haber dis-

puesto, mediante una incesante producción de teóricos, que seamos provistos con regularidad de esos trabajos previos ya terminados. La división del trabajo ha dado nuevamente muestra de sus grandes ventajas. Mientras nosotros podemos dedicar sin retaceos todas nuestras energías a nuestras tareas específicas y nuestros ratos libres a la caza, al *whist*, a la política o a lo que fuere, los teóricos pueden, gracias a su dedicación exclusiva, alcanzar la suprema maestría en su terreno. En sus manos, la espada de la justicia, amolada con la piedra de la teoría, ha adquirido un filo que provocaría la envidia de la mayoría de las navajas de afeitar. Corta un pelo en el aire y quien no domine perfectamente su manejo se cortará y dejará lonjas de piel aun antes de haberla tocado. Adonde se la dirija, causará heridas y hará manar sangre. No es de extrañar que ese arma a menudo inspire terror a las partes y que más de uno haya perdido todo un pleito por un movimiento torpe de un juez inexperto.

Así como no se puede censurar a un espadero por no entender de esgrima, tampoco cabe hacer ningún reproche a los teóricos si no saben manejar la espada de la justicia. ¿Para qué serviría la división del trabajo si luego cada cual tuviera que realizar la labor completa? El afilador afila la navaja, y el barbero la usa para afeitar. Es así como debe ser, y es así como ambos progresan y medran. De lo contrario, ambos serían, probablemente, unos chapuceros. Quien se hace rasurar por un afilador; sólo puede culparse a sí mismo si sale con la cara desollada. Claro está que cuando se aprende el oficio de barbero no se incluye un aprendizaje en el arte de afilar los instrumentos, y es en este punto donde nuestra profesión difiere de las antedichas: nosotros los prácticos, sí vamos a la escuela de los teóricos. Esto tiene, en verdad, un inconveniente, y el propósito de esta carta es precisamente ponerlo claramente de relieve. Si no buscara dar a la presente un nombre pretencioso y altisonante, le pondría «Carta sobre la relación entre la teoría y la práctica en la hora actual». Inferiréis que, si especifico: «en la hora actual», estoy señalando que en el pasado esa relación era distinta. Y no es que esté pensando en la antigua Roma, donde los profesores en su acepción actual, esto es, los teóricos exclusivos, no aparecieron en escena sino cuando la jurisprudencia ya tocaba a su fin. Estoy apuntando a una época de la que nos separa apenas una generación. Todos nuestros renombrados teóricos de antaño fueron al mismo tiempo prácticos de valía. Instituciones tales como el dictamen oficial de facultad y el escabinado o jurado pusieron a su disposición un material de trabajo práctico de tal riqueza y variedad como sólo puede encontrarse en un tribunal supremo. Esta fuente de enseñanzas de la práctica no está aun totalmente cegada [4], pero es mísera

[4] En el ínterin ha fenecido por completo. Esto, a mi juicio, es una ventaja para la justicia, pero para los teóricos una pérdida considerable. Con ello han perdido la única oportunidad que tenían para aplicar el derecho. ¡Las consecuencias no dejarán de hacerse sentir!

comparada con la de épocas anteriores. A ello se suma la circunstancia de que el gran impulso que ha recibido nuestra ciencia con el surgimiento de la escuela histórica, la ha acercado al estudio de las fuentes, pero la ha alejado de la práctica.

Si tuviera que tratar este tema como es debido, en forma científica y exhaustiva, tendría que renunciar a hacerlo, pues mis fuerzas no dan para tanto. Elijo en cambio una forma que me es más familiar y que ya he empleado una vez, en mi carta anterior, al tratar la jurisprudencia especulativa: os describiré cómo esa contraposición de teoría y práctica se ha manifestado en mi propia e insignificante vida. Si el sol, la luna y las estrellas se reflejan aun en las aguas más pequeñas, también los fenómenos que acontecen en nuestro firmamento jurídico pueden proyectarse en el espejillo que es la vida de un profesional común y corriente.

La vida de un jurista se divide, como se sabe, en dos etapas: la Universidad o tiempo de siembra, y la de la vida práctica o tiempo de cosecha. Hubo épocas, que se prolongan hasta nuestro mismo siglo, en las que se dejaba al arbitrio de cada cual el hacer una buena o una mala siembra. Se partía del concepto de que quien siembra cardos, no recogerá higos, y que había de ser el interés propio del futuro jurista, igual que el del labrador, el que lo guiara en esa tarea. Me refiero a la época en que no había exámenes. Nosotros, los más jóvenes, sólo conocemos esa edad de oro por tradiciones cuyo eco se va extinguiendo. En aquel entonces se retornaba directamente de la Universidad a la ciudad natal, se compraba un sombrero negro, una compilación de leyes y papel de oficio, y el jurista práctico —si es que decidía hacerme abogado— estaba listo para ejercer su profesión. Cuántos pobres graduandos, en medio de sus apremios, habrán prorrumpido, al pensar en esa edad evanescida, en nostálgicas lamentaciones, tales como las que soltara Schiller al evocar a los dioses de Grecia, y cuántos habrán sentido a su manera las palabras del poeta:

> «En aquel entonces ningún esqueleto horrendo
> se acercaba al lecho del *examinando*» *.

Quien era de una familia distinguida obtenía bien pronto en la administración pública, sin necesidad de un previo examen, un puesto que bastaba para subvenir a sus necesidades. Había incluso quienes ascendían con mayor rapidez y alcanzaban mayor altura cuanto más hueros eran. Los demás, para los cuales la mejor opción era la abogacía, contemplaban esa profesión como una dehesa común en la que cada cual podía apacentar libremente su ovejilla. Ahora todo esto ha cambiado. Hasta quien ha nacido para ser

* Los versos de SCHILLER dicen: «del *moribundo*». *(N. del T.)*

ministro o presidente tiene que rendir su examen [5] y a los abogados les ha sido acotada la dehesa, a la cual no pueden entrar sin pasar la barrera del tribunal examinador.

Esa barrera que separa a la Universidad de la vida profesional o, dicho sucintamente, la teoría de la práctica, está confiada, como todas las barreras fronterizas, a ciertos inspectores, vistas, revisores y controladores, que en el lenguaje común se conocen por el nombre de examinadores. En lo que respecta a la elección de esos respetables funcionarios, las opiniones divergen aún en Alemania acerca de cuál sea el sistema más adecuado. La diferencia de pareceres puede reducirse en principio a esta fórmula: ¿la revisión ha de tener lugar del lado del cual el graduando sale o del lado en que entra? Si se considera que los conocimientos que lleva consigo son un artículo de exportación, la revisión deberá cumplirse aquende la barrera levadiza; si se opina que son artículos de importación, deberá efectuarse allende la misma. Dicho en otras palabras, en un caso lo examinarán los profesores, y en el otro lo harán profesionales prácticos. Sin pretender dar un juicio terminante, quisiera dar a conocer mi modesta opinión, que es decididamente favorable al sistema de la exportación. No es que yo piense que quienes fueron los profesores hayan de extender al graduando un certificado de origen, ni mucho menos que haya que abonar un derecho de exportación. Más bien creo que esto es lo que responde mejor, no sólo al interés de todas las personas comprometidas, sino también al de la libertad de cátedra. Poneos en el lugar de un graduando que llega por el camino portando un colosal bagaje de conocimientos y tiene que hacer alto ante una comisión examinadora compuesta por prácticos. Lleva consigo las cosas más primorosas: fósiles de las épocas más remotas del derecho romana, huesos de mamut, momias y, en materia de descubrimientos revolucionarios, teorías agudas e hipótesis audaces, lo más moderno que hay en plaza. Mas ¿de qué le vale todo esto si tiene que vérselas con prácticos? Estos entienden tanto de esas cosas y tienen por ellas tanto interés como un vista ordinario por los cristales más preciosos, por fósiles o por preparados de anatomía. Llámese en cualquiera de los casos a un entendido y se verá su entusiasmo. Pero ¿para qué se habrá devanado el pobre estudiante los sesos metiéndose en la mollera todas esas cosas que en el futuro no le servirán para nada, si no tiene por lo menos una vez en la vida la ocasión de sacarlas a relucir, que es cuando rinde su examen?

---

[5] Lamento no haber aprovechado esta oportunidad para añadir ciertas ideas constructivas a los reparos de orden político que podría suscitar el examen. Si BISMARCK, en su época, hubiera sido reprobado, hoy no existiría el Imperio Alemán. La voz de un solo examinador puede determinar el destino de toda Europa, lo que es sin duda una de las razones más poderosas para que los examinadores se muestren indulgentes. Los que se inclinan por la lenidad no deberían dejar de esgrimir este argumento contra sus colegas más severos.

Mas, sea como fuere, lo decisivo es y será siempre el respeto por la libertad de cátedra. Hay quienes aducen este respeto en apoyo de la tesis contraria, porque sostienen que, al examinar, los profesores estarían asumiendo un derecho de coacción y exclusión, y que con ese derecho estarían cobrando sus lecciones. ¡No puede haber nada más erróneo! ¿Qué quiere decir libertad de cátedra? Catedrático y alumno son conceptos correlativos; nadie puede enseñar si no hay quien aprenda. Para que la libertad de cátedra no sea un concepto totalmente hueco, deberá cuidarse que haya, no solamente maestros, sino también alumnos, y como la aplicación de medidas policiales repugna a nuestra sensibilidad, dicho presupuesto para la libertad de cátedra sólo puede lograrse encomendando a los profesores el examen de graduación. ¿Qué ocurriría con la asistencia a las clases, o aun con las mismas inscripciones, si el docente dejara repentinamente de examinar? Sus aulas quedarían desiertas a tal punto que tendría que suspender sus clases y algún atrevido enseñante libre se adueñaría de todo su auditorio. ¿Y qué consecuencia tendría esto? El profesor, para no dejar que sus alumnos queden en manos de una persona tan inexperta y sufran la ruina científica, en vez de dejarse guiar por su propio gusto, sus propias inclinaciones y su propio genio, tendría que ajustarse al gusto y a los deseos de sus oyentes. Esto sería para él una coacción, que es precisamente lo opuesto a la libertad. ¡La libertad de cátedra habría hallado así un triste fin!

Si después de las razones hasta aquí desarrolladas me quedara un asomo de duda, bastaría para disiparlo mi experiencia personal. En la Universidad tuve un amigo, con el cual habité, estudié y repasé durante varios años. Yo gozaba entre mis conocidos de cierta reputación por mis conocimientos, pero todos coincidíamos en que en punto a sapiencia jurídica era mi amigo quien se llevaba la palma. Mas ¿qué ocurrió en el examen? El tuvo que rendirlo en su tierra ante una comisión de prácticos; yo, en la mía, ante el cuerpo de profesores de la facultad. Y mientras yo obtuve la máxima calificación y una mención honorífica, él aprobó su examen a duras penas. Mis examinadores me expresaron su pesar por haber yo renunciado a la idea de seguir la carrera académica; a él, los suyos le vaticinaron que no tendría ningún porvenir. ¿Por qué esa diferencia? A mi amigo le habían encomendado, como es usual en su tierra, hacer sendos informes sobre dos casos. Pero lo que en nuestro medio habría sido el más grande de los méritos, el haber concluido, tras un gigantesco esfuerzo de casi nueve meses, dos informes de los cuales un ignorante podría haber aprendido lecciones enteras de la historia del derecho romano, de las Pandectas y del derecho penal, fue precisamente lo que sus examinadores acogieron con muy poco agrado. Para mí en cambio, el examen, aun prescindiendo del excelente resultado, fue un verdadero deleite. Yo había asistido a las clases de todos los examinadores y, aprovechando mi buena retentiva había memorizado casi textualmente los cuidadosos apuntes tomados en mis cuadernos. Así pude recitar todas las

lecciones con los *verbis ipsissimis,* como un reloj de música. Aún recuerdo las sonrisas de satisfacción con las que mis examinadores me premiaron por repetirles sus lecciones como un eco. Con uno de ellos, que me interrogó durante media hora sobre la infamia en el derecho romano, no erré una sola respuesta. Sabía al dedillo todos los casos de *infamia mediata* e *inmediata;* de los veinticinco casos de la primera, enunciados por Vangerow en su manual de enseñanza de las Pandectas (§ 47), sólo no recordaba el número veintidós: «quien daña o sustrae aperos o animales destinados a la agricultura», y en el caso número dos: «de los mayores de edad que trabajan en público como actores», había olvidado el requisito de la mayoría de edad. El otro romanista me examinó sobre las *capitis deminutios* y el *unus casus* de la Instituta; éste era desde hacía años el tema de su predilección, sobre el cual preparaba una monografía, que sin embargo, debido a la complejidad del tema y lo copiosa que es la literatura sobre el mismo, no se ha publicado hasta el día de hoy. Este tema le ocupó tanto que fue muy poco el tiempo que le quedó para interrogarme sobre la *servitus luminum,* otro enigma de la historia del derecho, como se sabe, una verdadera esfinge, sobre el cual se ha escrito muchísimo.

En historia del derecho romano el resultado no fue tan excelente. Sabía muy bien las tres partes y el *infortiatum*, en las que expuse a mi examinador, para su gran satisfacción, su propia tesis, dando todas las razones que él aducía, según la cual la división se funda en la intención. También las siete partes de las Pandectas, el *umbilicus Digestorum* y el *Antipapiniano,* los *libri terribiles.* los nombres que se daban en las Universidades en la época de Justiniano a los estudiantes novatos y a los veteranos, cuál era la *lex* más corta de las Pandectas, y cuál la más larga, cuántos títulos tenían la Instituta, las Pandectas y el *Codex,* puntos todos ellos a los cuales mi examinador asignaba gran importancia [6]. En cambio, había olvidado por completo el capítulo segundo de la *Lex Aquilia,* y me confundió algo la condenada homofonía de las *leges Atinia, Atilia, Acilia* y *Aquilia,* no supe distinguir perfectamente la *lex Furia Caninia* de la *Aelia Senla* sobre manumisión de esclavos y, por último, cuando se me preguntó qué juristas ilustres llevaban el nombre de pila «Antonio», me faltaron en la lista dos, uno de los cuales resultó ser uno de los examinadores presentes [7].

No os importunaré más haciendo la reseña de las preguntas que se me formularon en el examen. Lo dicho basta para demostraros que si hubiera tenido que rendir mi examen ante prácticos, ni siquiera habría tenido la oportunidad de aplicar mis conocimientos. Con ese presupuesto habría debido imprimirle a todo mi estudio una orientación totalmente distinta, especial-

[6] Preguntas extraídas del examen doctoral dirigido por Hugo en Gotinga.

[7] Otra pregunta formulada por Hugo en ese examen. El examinador en cuestión era el criminalista Antonio Bauer. La pregunta era maliciosa: «¿Es que usted no cuenta a mi colega Antonio Bauer entre los juristas ilustres?»

mente en lo que atañe a las Pandectas. De las Pandectas normalmente había sólo ciertos temas por los cuales los examinadores mostraban gran interés: en materia de propiedad, la teoría del *thesaurus,* de la *accesio* y de la *specificatio,* del *alveus derelictus* y de la *insula in flumine nata;* en materia de obligaciones, las distintas formas romanas de la fianza, la *actio de pauperie,* las acciones delictivas y las *actiones adiectitiae qualitati;* en el derecho de familia, la adopción, la emancipación, los peculios y sobre todo la diferencia entre *tutela y cura,* y en materia de sucesiones, la *bonorum possessio* [8], el testamento privado, la sucesión necesaria en el derecho antiguo y la diferencia entre legados y fideicomisos. A quien estuviera bien afirmado en estas materias, podía garantizársele el éxito en el examen.

Dejadme ahora seguir contándoos mi historia. El examen estaba aprobado: *Ex (erat) Amen!* La barrera levadiza se alzó y yo me inicié en la práctica forense en el juzgado de primera instancia de X. Pero las primeras impresiones que tuve allí contrastaron fuertemente con las que acababa de tener. Mi brillante examen me había infundido un sentimiento de dignidad y de confianza en mí mismo, pero antes de un mes ese sentimiento cedió al más amargo desaliento. Me sentí como uno que ha aprendido a nadar fuera del agua, y es repentinamente arrojado a ese líquido elemento. Las piezas más brillantes de mi saber resultaron sin valor alguno e incluso sirvieron, como por ejemplo las diversas formas romanas de la fianza, para completar mi perplejidad y descorazonamiento. Dudaba cada vez más de que hubiera aprendido algo de derecho, algo que valiera la pena aprender. En los quince años de mi actividad profesional tampoco se me presentó una sola de las cuestiones del derecho romano que me fueron preguntadas en el examen. ¡Cuánto me habría alegrado si hubiera podido aplicar mis conocimientos sobre la teoría de la infamia, adquiridos penosamente en muchos días de arduo estudio! ¡Cuánto ansié que se me presentaran los «hijos de *perduelles*» (Vangerow, *ob. cit.*, n. 15) o alguien que hubiera «interpretado maliciosamente las disposiciones del soberano» o se hubiera hecho, «a tal propósito, culpable de fraude» (n. 19) o alguno que hubiera «suplicado ante el soberano de una manera ilícita en ciertos casos destacados por la ley» (n. 20). Me habría contentado, en último caso, con «notarios y jueces que hubiesen intervenido en una cesión de deuda hecha por un judío a un cris-

[8] LÖHR, mi antecesor en la cátedra de Giessen, sólo conocía tres temas, sobre los cuales versaban siempre sus exámenes: la *bonorum possessio,* la *dos* y los peculios. Sus colegas trataron una vez de convencerlo de que eligiera otro punto. El accedió y resolvió formular preguntas sobre la propiedad. Primera pregunta: «¿Qué es la propiedad?»—«Bien.» Segunda pregunta: «¿Quién tiene la propiedad de los bienes dotales, el marido o la mujer?»—«Bien. Pues pasemos a ver un poco más en detalle esa *dos.*» Todo el resto del examen versó exclusivamente sobre la *dos.* Desde entonces sus colegas abandonaron la idea de hacerlo renunciar a esas vías. Era de prever que, cualquiera fuera la primera pregunta, la segunda se habría referido a la aplicación de ese punto a la *bonorum possessio,* la *dos* o los peculios.

tiano» (n. 24) o con «abogados que se hubieran hecho culpables de injurias *innecesarias* (?) en la tramitación de un proceso» (n. 17). Las «prostitutas, adúlteras y viudas que no observan el año de luto, y los usureros» (ns. 5, 6, 8 y 10) me resultaban muy vulgares y, por lo tanto, carecían de interés para mí. Mas algo debo señalar: así como estoy seguro de que los ejemplares más bellos de esta última categoría pueden encontrarse sin necesidad de buscarlos mucho, no veía yo la manera de encuadrar su conducta en la *infamia*. La infamia sólo podría haberse llevado a los estrados enrostrándosela públicamente a esas personas, para oponer luego a la acción de injurias por ellas entablada, una *exceptio veritatis*. Mas esto me parecía demasiado arriesgado, sobre todo tratándose de notarios, jueces o abogados. El *unus casus* de la Instituta y la *servitus luminum* brillaban igualmente por su ausencia y aunque en mi vida he sido muchas veces testigo de que alguien perdiera la cabeza, no pude subsumir a ninguno de esos casos bajo el concepto de la *capitis diminutio* romana. La vida me presentó problemas totalmente distintos de los que me fueron planteados en el examen en la Universidad y debo confesar que éste fue un juego de niños comparado con el inacabable examen que tuve que rendir en la vida. Así como me mostré brillante en el uno, fue pobre el resultado que obtuve en el otro. Lo más atroz fue que eran precisamente los casos más sencillos los que más me embarazaban, y que mis libros me dejaban siempre en la estacada,

¿Qué cosa más simple puede haber que un préstamo ordinario o mutuo con el correspondiente documento acreditativo de la deuda? Pero el primer caso de estos que se me presentó fue para mí una experiencia vergonzosa y humillante.

Se trataba de un préstamo hecho por Schulze a Zwickauer (espero que el *Kladderadatsch* * me permita usar los nombres de sus personajes en vez de los nombres romanos Aulo Egidio y Numerio Negidio). Pues bien, Schulze había prestado a Zwickauer la suma de cien táleros, en presencia de dos testigos, haciéndose extender un recibo del siguiente tenor:

«El abajo firmante reconoce, por el presente, deber al señor Schulze la suma de 100 táleros, al 5 % de interés, pagaderos con un mes de preaviso.

Schilda, 31 de setiembre de 1847.

Zwickauer»

Seguía el siguiente aditamento:

«Garantizan lo que antecede

A. Schmidt y K. Meier»

---

* Título de una revista semanal humorística, fundada en 1848 por David Kalisch, que se publicaba en Berlín y estaba dedicada principalmente a la sátira política. Los personajes ficticios que desfilaban por sus páginas, entre ellos los mentados Schulze y Zwickauer, habían alcanzado gran popularidad. *(N. del T.)*

Schulze había entablado una demanda sosteniendo que había dado a Zwickauer esos 100 táleros en préstamo contra la entrega de dicho documento, que acompañaba, y que había solicitado el reintegro hacía un mes, sin que Zwickauer le devolviera el dinero. Este no compareció a prestar declaración, lo que, según la práctica de nuestro país, importaba una presunción de *litiscontestatio negativa.* El juez a cargo de mi juzgado me preguntó cómo resolvería yo esa cuestión y como no supe darle de inmediato una respuesta terminante, le pedí que me diera tiempo para pensarlo. En mi casa, sometí la relación al más minucioso análisis, echando mano de Puchta, de Vangerow y hasta del *Corpus Iuris,* y llegué así a la siguiente conclusión. La acción promovida por el demandante era la *condictio ex mutuo;* pero en el derecho romano el concepto de mutuo o préstamo implica la transmisión de la propiedad, seguida de un eventual consumo de las piezas de dinero prestadas (Puchta, *Pandekten,* § 304, *L.* 2 § 1, 4 *de reb cred.* 12, 1). Ahora bien, como el demandante no había invocado en su escrito ni que él fuera propietario de ese dinero, presupuesto necesario para transmitir su propiedad, ni tampoco que el demandado lo hubiera consumido, la demanda era inconcluyente y, por tanto, correspondía rechazarla «con las naturales consecuencias». La risa del viejo magistrado vino a interrumpir mi exposición. Puede ser que él ni conociera esa disposición del derecho romano; lo cierto es que casi se exasperó cuando yo, muy seguro de mi teoría, invoqué el derecho romano y a Puchta. Cortó toda ulterior discusión declarando categóricamente que, aunque todos los códigos del mundo contuvieran una norma tan absurda, él nunca la aplicaría, porque la misma haría imposible cualquier operación de préstamo. Ni siquiera llegamos a hablar de mi eventual propuesta de que el actor debiera probar alternativamente o la propiedad o el consumo de la cosa.

Nuestra discrepancia no fue menor en lo tocante al documento. En mi opinión, éste no tenía ningún valor, porque ostentaba una fecha que no figura en el almanaque, el 31 de septiembre, lo que, jurídicamente, es una imposibilidad. ¿Cómo puede alguien contraer una deuda un día que no existe? Por lo demás, como no indicaba la *causa debendi,* ese documento era una *cautio indiscreta,* inadecuada tanto para *fundamentar* como para *probar* una deuda (Puchta, § 257). Un acreedor que no insiste en que la *causa* sea indicada en el documento, estará bien servido si el mismo resulta inválido. Cuando tenga alguna razón para disimular la *causa,* creará sin duda una causa ficticia, normalmente un simple préstamo, que figurará entonces como causa aparente, con lo que todo estará en orden.

Pero las personas honradas tienen que tener en orden sus documentos crediticios, al igual que los de identidad, y será suya la culpa si caen en las redes de la policía o de la justicia. Los defraudadores mañosos precisamente saben eludir esas redes. Un escarmiento ejemplar, aunque fuera con una persona honrada, serviría de aviso a los bribones. Pese a la bondad de todos

estos argumentos, la teoría volvió a fracasar con mi jefe. El opinaba que para la gente común todo simple reconocimiento de una «deuda» se refiere normalmente a un préstamo y que, aparte esto, toda persona debía tener, mediando el consentimiento de la otra parte, la libertad de vedar al juez el conocimiento de los pormenores del negocio y de sus relaciones recíprocas. Dicho con otras palabras: que al constituirse una deuda en dinero se podría hacer abstracción de la causa. No pude convencerme de esto y me place saber que, aunque la práctica se inclina cada vez más por esa opinión, y pese a que Bähr haya intentado darle una justificación científica, los teóricos se han resistido hasta ahora pertinazmente a aceptarla, como lo ha hecho recientemente Schlesinger (*Zur Lehre von den Formalkontrakten,* Leipzig, 1958). Con buena razón, ese erudito considera que un documento de esa clase carece de valor, mientras que, para usar sus propias expresiones (pág. 141): «la cuestión toma repentinamente un cariz totalmente distinto si imaginamos que a esa declaración (del mero reconocimiento de deuda) le sigue el añadido: «y por lo tanto prometo pagar dicha suma». Esa promesa, unida a la aceptación de la otra parte, importa evidentemente un contrato obligacional; y al presentarse como promesa de un objeto ya debido, es un *constitutum (debiti proprii).* Es natural que así sea. Si aun mediando promesa expresa falta a menudo la voluntad de cumplir, cuánto más fácil será que falte cuando haya un mero reconocimiento de deuda, cuando el deudor soslaya declarar que tiene la voluntad de pagar. Esa declaración es muy necesaria para cortarle al deudor el efugio de decir que tuvo efectivamente la voluntad de llegar a ser y de *seguir siendo* deudor, pero no la de *dejar de ser* deudor, es decir, de *pagar.* El mero reconocimiento de una deuda es algo que se queda a mitad de camino, pues acredita la voluntad de constituir una obligación, pero no la voluntad de extinguirla. Dudo mucho que esta última esté lo suficientemente documentada con los términos «y por lo tanto prometo pagar dicha suma», como lo supone Schlesinger. Me parece necesario agregar a esa promesa: «y tengo la intención de hacerlo verdaderamente». Así como de un mero reconocimiento de deuda no resulta por sí sola la obligación de pagar, tampoco nace de una mera promesa la obligación de cumplirla, porque hacer una promesa y cumplirla son, como se sabe, dos cosas bien distintas.

La teoría y la práctica también andaban muy distanciadas acerca de la significación de las firmas de los dos testigos A y B. Para mi jefe, ese negocio era lisa y llanamente una fianza, mientras que yo, siguiendo el principio de que *in dubio* debía suponerse lo menos, veía en ello una mera atestación del acto constitutivo de la deuda, concluido en presencia de los testigos, tanto más cuanto que A y B habían actuado, como se admitía, en calidad de testigos, e *in dubio* era de suponer que habían conservado esa calidad al firmar el documento.

Y aunque se hubieran obligado como fiadores ¿qué clase de fianza sería? ¿Una *fideiussio,* un *mandatum qualificatum* o un *constitutum debiti alieni?* Que esas formas subsisten aún hoy, responde a la opinión de acreditados teóricos [9].

Así como la naturaleza no conoce un ave *in abstracto,* el derecho moderno tampoco conoce una fianza *in abstracto* sino únicamente las *species romanas.* Por lo tanto, no es lícito consolarse diciendo que A y B habían manifestado su voluntad de actuar como garantes. Ya para saber qué acción ha de promoverse hay que determinar cuál de esas tres formas viene al caso, y si no hay ningún elemento que permita determinarlo, no se podrá hablar de fianza. La voluntad declarada se mantiene a igual distancia de todas ellas, sin pronunciarse por ninguna.

Mas ya he dicho bastante sobre la historia de este primer intento mío, tan completamente fallido, de hacer valer mis conocimientos teóricos en la práctica. Y no habría de ser el único. Un caso tras otro me fue poniendo en apuros, que eran tanto más graves cuanto más profundos eran los estudios teóricos que hacía para resolverlos. Por último llegué a una conclusión que no he abandonado hasta hoy y que puedo resumir en los siguientes términos: *es preciso haber perdido toda fe en la teoría para poder servirse de ella sin peligros.* Si os interesase conocer otros de esos casos que me han llevado a tal escepticismo, hacédmelo saber y habré de ofreceros algunos más.

---

[9] Aun los autores que, como PUCHTA (§ 404) y GIRTANNER (*Bürgschaft,* págs. 373 y 374), no distinguen entre la *fideiussio* y el *constitutum,* dejan a salvo al menos el *mandatum qualificatum.* VANGEROW (§ 579) y otros, han aceptado también el *constitutum,* mientras que ARNDTS (*Pandekten,* § 353) hace tal deshonor a su dignidad de teórico que reúne las tres formas en el único concepto de fianza. Ese hombre no debería haberse hecho teórico, pues ¿qué sería de la teoría si los propios teóricos sacrifican las más sutiles diferencias establecidas por el derecho romano?

Carta cuarta

Continuación de dichas soluciones[1]

He advertido que habéis puesto un paréntesis en la serie de mis cartas, intercalando una que versaba sobre un tema totalmente heterogéneo. Eso no será razón para que yo altere el orden sistemático de estas cartas, que ya tengo bien preestablecido. En ese aspecto, no soy tan condescendiente como cierto historiador del derecho que aceptó y hasta hizo suya una jugarreta que le hizo el azar, valiéndose de una ventolera y una fámula. ¿Conocéis esa historia? Sírvaos de castigo por esa injerencia en mi plan, el tener ahora que publicarla.

Ocurrió en una época de vacaciones. El profesor había salido de viaje y una doméstica tenía por misión quitar el erudito polvo acumulado en su despacho. La puerta y la ventana se enfrentaban diametralmente y la criada, terminada su tarea, salió de la habitación. La mala suerte quiso que se levantara un ventarrón y que en el despacho penetrara una fuerte ráfaga que sorprendió desprevenidos a los cuadernos que allí dormían un apacible sueño vacacional. La Instituta, las Pandectas, el procedimiento civil, la historia del derecho romano, fueron todos presa de gran conmoción y agitación, y el viento puso especial saña en hurgar y revolver la parte histórica, que era la que más expuesta estaba. Una ráfaga más y he aquí que toda la historia del derecho romano revolotea por los aires como una nube de polvo, el edicto pretorio en lucha con las XII Tablas, el *ius gentium* con el *ius civile*, los senadoconsultos con las constituciones imperiales, mientras que Labeo y Capito, los dos antagonistas acérrimos, se abrazan estrechamente; Coruncanio y Elio caen sobre Ulpiano y Paulo, y la compilación de Justiniano viene a cubrir a todos. En síntesis, un soberano desbarajuste, una rotura de todo el orden de la historia romana. Daba la impresión de que se estaba repre-

[1] *Deustche Gerichtszeitung*, año V, n. 21. la carta publicada bajo el n. 4 no es obra mía. En mi carta primera yo había autorizado expresamente esas intercalaciones.

sentando un acto de resurrección de la historia del derecho: todo lo que yacía en la tumba cobra vida y se alza. En ese momento crucial aparece la fámula y sobre ella viene a caer, como sobre Dánae, una lluvia dorada consistente en fragmentos de historia del derecho. Sobre su cabeza viene a posarse, conforme a su jerarquía, la *legis actio sacramento,* algo más abajo, sobre su pecho, la *pignoris capio,* la *manus iniectio* fue a parar a su delantal, la *iudicis postulatio* se postró a sus pies, y sólo el proceso formulario, por ser más joven, no sintió deseos de reposar en ningún sitio. Los juristas clásicos, movidos por la simpatía, descendieron para bailar en corro en su derredor.

¡Bonita situación! En medio de un remolino y un revoltijo de historia del derecho romano, una fámula estaba llamada a apaciguar esa furiosa corriente y a restablecer el orden.

En media hora tuvo listo el trabajo. La historia del derecho romano había sido reordenada. La criada tuvo escrupulosamente en cuenta el formato, el color y la antigüedad del papel, la numeración de las páginas, cuando la había, y otros caracteres externos, pero en todo lo demás dejó rienda suelta a su genio y adoptó, como criterio, un «sistema propio». Este era en verdad sumamente original. La Ley de las XII Tablas fue puesta más o menos al final, muy a continuación de los juristas que la habían comentado y muy a continuación de las leyes, senadoconsultos, etc., que se habían dictado después y que hacían alusión a ella. Los magistrados de la República, con sus edictos, quizá obedeciendo a un oscuro sentimiento de lealtad, habían cedido su puesto a los emperadores con sus constituciones, etc. Narraré sucintamente lo que siguió. El caballero regresó de sus vacaciones y se puso a leer esa historia como si nada hubiera pasado, tomando cada día la necesaria provisión de papeles, y así, poco a poco y sin quererlo ni advertirlo, se compenetró de tal modo con aquella nueva ordenación que el azar le había impuesto, que, por último, no pudiendo ya volver sobre sus pasos, hasta le cobró cariño. No sé si habrá publicado ese nuevo sistema en forma de compendio, como está de moda actualmente, o si lo ha dado a conocer por algún otro medio, pero lo cierto es que uno de los más recientes manuales de enseñanza se atiene a ese curioso trastrueque de los sucesos en la historia del derecho romano [2].

Desde que me enteré de ese evento pude comprender muchos otros fenómenos asombrosos que presenta la sistemática en nuestras obras jurídicas.

---

[2] RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte,* 2 tomos, 1857 y 1859. Esa obra es la que más ha maltratado, a mi parecer, la historia del derecho romano. Omite deliberadamente demostrar cómo ha evolucionado el derecho. Es un montón de ladrillos, y no un edificio. Y eso que el autor era uno de los principales representantes de la escuela histórica. Un parangón en el terreno dogmático lo ha producido el mismo autor en su obra sobre la tutela, donde lleva al máximo grado el mal hábito de desjuntar lo que está íntimamente conexo y de juntar lo más heterogéneo.

Lo que ocurrió en aquel caso, ¿no pudo haberse repetido en otros? ¿No podría el viento colarse alguna vez en la Instituta y en las Pandectas y lanzar la llamada parte general al final y traer el matrimonio, la adopción y la legitimación a los primeros parágrafos del sistema, a un lugar donde no se ha hablado nunca todavía del concepto del derecho y de la relación jurídica? El viento y las fámulas son veleidosos, y lo que quizá no logre comprender la razón puede provocarlo la ciega casualidad. Por eso, opino yo, el viento y las criadas deberían tener siempre libre acceso a los manuscritos y cuadernos.

Mi carta tercera la concluí con una afirmación, muy fácil de estampar, por cierto, pero a la que llegué recorriendo un camino largo y penoso. Era la que decía: es preciso haber perdido toda fe en la teoría para poder servirse de ella sin peligro. ¡Cuántos casos tendría que narrar para describir el itinerario que me llevó a formularla! Todos ellos finalizaron como el ya referido. Pese a mi tenaz apego a la teoría o, mejor dicho, precisamente debido a él, me vi en cada oportunidad ignominiosamente lanzado de la silla que montaba y arrojado al suelo. Me sentía como un aplicado estudiante de veterinaria que ha asistido asiduamente a lecciones sobre anatomía equina y luego, confiando en sus conocimientos científicos, osa montar un brioso corcel, para poder meditar luego, en un foso a la vera del camino, que no es lo mismo saber anatomía del caballo que montarlo.

No quiero colmar las valiosas columnas de vuestro periódico con esos casos, pero deberéis permitirme que os refiera dos de ellos, que marcaron hitos en mi formación como jurista. Fueron los que asestaron a mi fe en la teoría aquel golpe que me llevó finalmente, con fuerza irresistible, a la posición que mantengo ahora y desde cuyo ángulo habré de juzgar en mis próximas cartas nuestra teoría actual. Juzgad vos mismo si tales casos podían tener otra consecuencia que conmover esa fe mía hasta sus cimientos.

El primer caso tuvo que ver con la teoría de las hipotecas generales. Nuestro héroe era un músico, amable, simpático y dado a actuar con ligereza de ánimo. Su solo nombre parecía darle cierto derecho a la excentricidad: se llamaba Sausewind *. Aunque se sentía plenamente músico, había ocasiones en las cuales sentía un impulso irresistible de entrar en contacto con la jurisprudencia práctica. Esto lo hacía aplicando la teoría del préstamo para subsanar el desequilibrio existente entre sus ingresos y sus gastos, no superable por otros medios. A esta teoría sus acreedores añadieron la de las garantías reales, asentando en los respectivos documentos la cláusula *sub hypotheca omnium bonorum*. Tras haberse familiarizado lo suficientemente con el préstamo y materias conexas: reconocimientos de deudas, letras de cambio, intereses y anatocismo, etc., y luego de haber trabado conocimiento con el proceso civil, buscó ejercitarse en un tema procesal

* Literalmente: viento que silba. En sentido figurado: cabeza de chorlito. *(N. del T.)*

que hasta entonces le era totalmente extraño: invitó a sus acreedores a que suspendieran sus recitales de solistas, como se expresaba él en su lenguaje musicológico, para unir todas sus fuerzas en un movimiento sinfónico que el jurista llama, en su jerga, concurso.

El tema, que se habría de desenvolver no tanto de contrapunto como en contradictorio, era de naturaleza auténticamente musical, y consistía en distintos instrumentos de arco y de viento, un piano y los textos de música correspondientes. La liquidación no presentó dificultades, pero tanto mayores fueron las que surgieron en el procedimiento para graduar los privilegios, sobre todo en lo relativo a las diversas hipotecas generales, que el fallido había ido constituyendo sucesivamente hasta el número de ocho. No había problemas en cuanto al orden cronológico, pues cada una de ellas llevaba estampada en la frente la fecha de su nacimiento. Su situación podría parangonarse con las letras del alfabeto que van desde la A hasta la H, y con esas letras designaré a sus titulares. Pero el punto en litigio era la determinación del objeto de esas hipotecas, había que establecer si comprendía todo el patrimonio o sólo deteminados bienes del mismo. En el primer supuesto, A sería el primero en cobrar su crédito y lo cobraría del producto global, luego seguiría B y así sucesivamente. En el segundo, A sólo tendría una primera hipoteca sobre aquellos bienes que componían el patrimonio del fallido al tiempo de constituirse la garantía. Sobre los adquiridos posteriormente, tendría que concurrir con los demás acreedores que en aquel momento ya habían constituido una hipoteca general. En ese caso, todo dependía del momento en el que cada uno de esos bienes había ingresado al patrimonio.

La primera opinión había regido en la práctica durante siglos, pero nuestra teoría moderna la ha repudiado casi por unanimidad. Por eso, nadie se extrañará de que yo, para fundar mi juicio, optara por la segunda, que había sido defendida por hombres como Puchta, Vangerow, Sintenis, y otros. Su aplicación, claro está, presentaba grandes dificultades. La cuestión de la prioridad no se resolvería con sólo establecer la fecha en que se constituyó la garantía, sino que había que determinar igualmente cuándo cada uno de los objetos se había incorporado al patrimonio, y quién afirmara alguna fecha debía naturalmente probarla.

Ahora bien, el orden cronológico en el que esos objetos habían ingresado en el patrimonio podía comprobarse con relativa facilidad. El primero había sido el piano, al que se sumó luego un violín, poco después una viola, reforzados más adelante por un violoncelo. Luego siguió el período de los instrumentos de viento: comenzó por un clarinete en *la,* que pronto halló un compañero en un clarinete en *si bemol;* pero, habiéndosele dado por soplar, el fallido, movido por un irrefrenable afán de perfeccionarse, probó su suerte con la flauta, que al poco tiempo, sin embargo, tuvo que ceder lugar a una trompa. Cuando estaba practicando ese instrumento, del que

tanto se prometía, fue sorprendido por la declaración del concurso, el *decretum de aperiundo concursu* irrumpió en la *berceuse* (aria de ritmo lento acompañada de mecedura) y el alguacil hizo significativamente su aparición en el momento de la cadencia final, compuesta e intercalada por el mismo fallido. Pero, como se comprende, no bastaba con comprobar esa relación temporal relativa. Esto sólo habría bastado si el fallido hubiera adquirido sus instrumentos y contraído sus deudas al mismo compás, por ejemplo, si hubiera colocado a su acreedor D entre la viola y el violoncelo, al acreedor E entre el violoncelo y el clarinete en *la,* en síntesis, si tras cada compra hubiera tomado un nuevo préstamo, echándose encima un nuevo acreedor. Y, en efecto, el fallido parecía haber observado ese paralelismo entre la extensión de sus estudios musicales y sus deudas, porque, dando prueba de su sentido de humor, había puesto a cada instrumento el nombre del acreedor precedente. Así, por ejemplo, sus clarinetes no se llamaban clarinete en *la* y clarinete en *si bemol,* sino Schmul e Itzig. Partiendo de esa base, el esquema de las prioridades (visto desde abajo) presentaba el siguiente cuadro:

Hipotecas generales sobre								
la trompa:	H	G	F	E	D	C	B	A
la flauta:		G	F	E	D	C	B	A
el clarinete en *si bemol*:			F	E	D	C	B	A
el clarinete en *la*:				E	D	C	B	A
el violoncelo:					D	C	B	A
la viola:						C	B	A
el violín:							B	A
el piano:								A

Esta suposición, sin embargo, no podía considerarse probada desde el punto de vista procesal. La sentencia que graduara los créditos no podía basarse en ella. Era necesario aportar la prueba de las fechas en que los instrumentos se habían adquirido. No bastaba siquiera con establecer los meses, porque en junio de 1850 figuraba, sin discusión, como nuevo elemento del activo, el clarinete en *la,* y como nuevo elemento del pasivo, la deuda con E. Pero si la compra de ese clarinete se había operado antes o después del día 13, fecha en que se constituyó la garantía a favor de E, era muy dudoso y entre los acreedores no reinaba acuerdo al respecto.

No quedó más remedio que imponer a los ocho acreedores la carga de probar las fechas en las cuales los distintos instrumentos, con excepción del piano, habían entrado en el patrimonio del fallido. Lo mismo cabía hacer con los textos musicales: cada cuarteto de Mozart, cada sonata de Beethoven, y aun cada vals de Strauss («Mi día más bello en Baden», «El Danubio azul») podía ser objeto de tantas o tantas otras hipotecas generales.

Las dificultades que me costó formular correctamente los términos de esa prueba prefiero no contarlas. Pero lo más triste vino después. Terminada la minuta, fui a presentársela al juez, que era aquel mismo viejo bajá del que os hablé en mi carta tercera, un hombre probo, pero áspero en el trato. Este leyó la minuta, me contempló estupefacto por unos tres minutos y luego se puso a reír estrepitosamente como si no fuera a parar nunca. ¡Una trompa, objeto de ocho hipotecas generales; una flauta, de siete; un clarinete, de seis, etc.! ¡Un vals de Strauss como premio al vencedor de la puja! Tan ridícula le parecía esa idea que, pese al afecto que sentía por mí y a lo engorrosa que me resultaba su reacción, no podía poner freno a su risa. Resumiré el final diciendo que no echó la minuta al cesto, como yo esperaba, sino que se la guardó como una curiosidad valiosa, y cuando muera seguramente se la hallará entre sus papeles. No quisiera yo contar lo que dijo en aquella oportunidad sobre la teoría, pero sí es digno de narrar cómo justificó desde el punto de vista jurídico la práctica vieja; si nada se oponía, sostenía él, a que se pignorara varias veces, como universalidad, un almacén de mercancías, con la consecuencia de que A tuviera una garantía de primer grado y B una de segundo sobre todos los objetos que se encontraran en ese almacén en el momento en que se ejercitara la acción pignoraticia, la voluntad de las partes podría también dar igual trato a un patrimonio entero, y el hecho de que el segundo acreedor tuviera o no conocimiento de la constitución de la primera garantía, era irrelevante tanto en uno como en otro caso.

El segundo caso que he de referiros se desenvolvió en el campo de la teoría posesoria. No creí nunca que un caso de esos pudiera causarme dificultades, luego de que Savigny hubo escrito sobre este tema, situándolo a la más clara luz de la doctrina. ¿Y qué clase de caso vino a sacarme de mi error? Era de lo más sencillo del mundo. Siento espanto cuando me pinto ese cuadro de la incertidumbre de las cosas humanas, de la que justamente en aquella oportunidad tuve que tomar conciencia. Se habla de un *beatus possessor*. Sí, ese hombre feliz podrá mirar en su derredor, solazarse contemplando lo que le rodea, preciarse de su buena suerte y exclamar: «Todo esto es mío, ¡di si no soy afortunado!» * ¿Afortunado? Sin duda alguna lo será, mientras la situación perdure. Debes saber que un pleito posesorio puede arrebatarte toda tu felicidad, al menos si es resuelto conforme a la teoría de Savigny. Escuchad como fue el asunto.

Pedro Habermaier, que así se llamaba el protagonista de esta historia, tenía un hermano llamado Jorge Habermaier. Eran vecinos y pertenecían a aquella clase intermedia entre el campesino y el terrateniente para la cual la lengua alemana no tiene denominación alguna y que por lo tanto ha tenido que designar con el extranjerismo «ecónomo». En 1848, Jorge tuvo la des-

* Del poema de SCHILLER, *El anillo de Polícrates. (N. del T.)*

dichada idea de dejarse arrastrar por la política y un día se despidió rápida y conmovedoramente de sus animales:

«Adiós, montañas; adiós, verdes dehesas;
adiós, mis gansos, vacas y cochinos», *

dijo a Pedro algunas palabras en secreto y partió. Ese mismo día Pedro apareció en la granja abandonada, para instalarse allí y para administrarla, declaró a los criados que de ahí en adelante tendrían que respetarlo como amo, y se hizo cargo de los gansos, puercos y demás animales que habían quedado huérfanos. Nadie, ni él ni ni sus vecinos, se quebraron la cabeza para determinar cuál era el título jurídico que tenía para proceder así, ni para saber cuál era la naturaleza jurídica de esa posesión, si se había hecho cargo de la granja como *curator absentis, fiduciarius, mandatarius, negotiorum gestor* o como acreedor anticresista, comprador o arrendatario. Simplemente se respetaba el hecho. Sin que nadie opusiera objeción alguna, Pedro cosechó lo que Jorge había sembrado, el ganado salía a pastar e, igual que en tiempos de Jorge, los gansos, patos y gallinas deambulaban por la granja, sin la menor sensación de que su seguridad jurídica estuviera de algún modo comprometida o amenguada.

Mas ese estado de paz halló bien pronto un triste fin. No había pasado medio año cuando uno de los vecinos creyó llegada la hora de renovar unas viejas pretensiones reivindicatorias sobre ciertas tierras pertenecientes a la granja de Jorge. Y así ocurrió que cierto día toda la fauna de la granja corrió atropelladamente a juntarse allí, igual que en la primera escena del poema del zorro Renarte, balando, gruñendo y clamando al cielo por el entuerto de que habían sido víctimas. Enrique el Cuervo —tal era su apodo— había reunido a toda su gente, sus hijos, peones y criadas, y, como si hubiera renacido el *ius manuarium* **, había tomado posesión de esas tierras, poniendo en fuga a cuanto bípedo y cuadrúpedo allí se encontraba. Al día siguiente esa escena se repitió. Pedro Habermaier, aleccionado por el ejemplo de su hermano, no quiso hacer valer sus razones por la fuerza, y optó por las vías legales, la vía judicial. Presentó una demanda de interdicto, pidiendo que su posesión fuera tutelada. La redacción de la minuta de sentencia me fue encomendada a mí. El juez se hallaba justamente de

* Del drama de SCHILLER, *La doncella de Orleans*. JHERING ha introducido una modificación burlesca. La segunda línea del texto original reza: «adiós, mis apacibles valles». *(N. del T.)*

** En alemán: *Faustrecht* = derecho del puño, o sea, del más fuerte. Ejercicio de las propias razones a mano armada. Estado anárquico que imperó en las tierras germánicas durante buena parte de la Edad Media. Sólo en 1491, en la Dieta de Worms, Maximiliano I consiguió arrancar a los estamentos del Imperio la renuncia a esas prácticas. *(N. del T.)*

viaje por una zona de baños termales, y en el juzgado habíamos quedado el asesor y yo. ¡Ojalá hubiéramos hecho nosotros dos aquel viaje, y no el juez, pues fue bien amarga la purga que sufrimos luego, yo, por haber redactado esa sentencia, y el asesor, por haberla aprobado! Las aguas medicinales que el anciano había bebido allá en Karlsbad no habrán sido ni remotamente tan acres como los improperios que soltaba contra nosotros cada vez que la conversación recaía sobre ese fallo. Sigo afirmando que desde el punto de vista teórico, esa sentencia era perfectamente correcta, ajustada en todos los aspectos a la teoría de la posesión de Savigny. Claro está que un buen práctico se habría cortado los dedos antes de firmarla. Mi asesor no se decidió por esa solución heroica, y es de lamentar, porque si lo hubiera hecho, no habría podido escribir tantas sentencias torcidas ni tantos artículos indigestos. Porque, debo aclararos, era también publicista, y de la especie más peligrosa.

No es aquí el lugar para que os exponga mi opinión sobre las distintas clases de autores. Pero la más peligrosa de ellas, que cuenta entre sus filas, como dije, a aquel asesor, es la de aquellos prácticos que se consideran grandes teóricos porque una voz interior les dice que no sirven como prácticos. Convendréis en que es mucho más fácil componer, con ayuda de una buena bibliografía, algún artículo que todo tratadista de la materia y todo autor de compendio se crea luego en la obligación de citar, que redactar una buena sentencia o un buen escrito forense. Hasta el más tonto puede, usando la bibliografía, confeccionar una monografía en la cual se erige en juez de todos los autores que se han ocupado antes de ese tema, y es bien sabido que no hace falta ningún requisito para hacerla publicar luego en alguna de nuestras revistas jurídicas. Si el *Archiv für civilistische Praxis* no la acepta, la aceptará el *Archiv für praktische Rechtswissenschaft;* si la rechaza uno de los dos anuarios, el de Gerber y Jhering o el de Bekker y Muther, siempre quedará el otro, y por último, si se rompieren todos los lazos, restará siempre la *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess,* que sin duda alguna no rehusará publicarla, porque en ella toda contribución pasa, sin vista ni lectura previa, directamente a la imprenta. Es ésta un verdadero asilo para las personas sin techo, puesto que cualquiera es allí acogido. En una sentencia o en un escrcito forense, cuando el objeto es sólo medianamente intrincado, la tarea se le presentará distinta; allí no podrá operar con ideas ajenas, sino que tendrá que usar su propia cabeza. No es de extrañar, pues, que algunos que no lograron recoger lauros en ese campo, se larguen a buscar el éxito con las publicaciones, aunque fuere solamente para lanzar al mercado las opiniones que no prosperaron y las deducciones que fueron rechazadas en todas las instancias, y para apelar de esas sentencias, productos de los cortos alcances de sus colegas y de los tribunales, ante un público más numeroso, ilustrado e imparcial. Si luego ese artículo es citado por algún erudito de renombre —y así ocurrirá—, por ejemplo, por Vangerow,

la suerte estará echada. De ahí en adelante se contará entre los «escritores jurídicos» de Alemania, y su nombre pertenecerá a la «literatura» igual que los de Savigny y Puchta. Se podrá leer: Savigny, Puchta, Vangerow... y Hühnerfuss.

Puede ser que algún escrito llegue a decir: «Savigny afirma tal y tal cosa; lo que objeta con buena razón Hühnerfuss, que etc. lo que (su colega) Kohlmeier había negado sin fundamento valedero.»

Radiante de felicidad, Hühnerfuss mostrará ese pasaje a su mujer, y ésta, habituada a creer que la escala de la inteligencia se gradúa según que alguien «tenga razón» o no la tenga, sentirá desde entonces la gratísima emoción de pensar que su Hühnerfuss ha sabido corregirle un error a Savigny, tan luego a Savigny, cuyos méritos, según su marido, son aún mayores que los de Goethe, y que comparte con éste el honor de adornar en efigie el hogar, metido en un primoroso marco. Al día siguiente el dichoso publicista concurrirá a la sala del tribunal con más confianza que nunca en sí mismo, y si allí ocurre, como de costumbre, que la votación le es adversa, esto sólo logrará arrancarle una sonrisa de compasión por sus ignorantes colegas, «menestrales que no tienen idea de la verdadera ciencia».

Unas semanas o meses más tarde aparecerá algún artículo en el que fustigará la opinión de éstos, tildándola de «aberración» de los prácticos. ¿Quién podrá extrañarse si luego pone cada vez menos empeño en la redacción de sus informes y juicios, y se siente, cada vez que cumple esa tarea, como un Pegaso atado al yugo?

Mi asesor, justamente, era un Pegaso de ese tipo.

Cuanto más veía desvanecerse sus perspectivas de convencer a nuestro jefe de la bondad de sus «manías teóricas», como las llamaba éste, tanto más ansiaba ver llegado el momento en el que el reino fuera suyo para que la teoría recibiera el honor que le correspondía.

¡Pedro Habermaier habría de experimentar en carne propia lo que eso significaba!

El demandado había admitido que el actor tenía la posesión *de hecho* de las tierras y que él lo había despojado de ellas por la violencia, pero le discutía la posesión de derecho, o, mejor dicho, le negaba aquel elemento que, según Savigny, distinguía las dos especies de posesión: el *animus domini*.

Como el demandante, por error, no había promovido el *summarissimum*, sino el *possessorium ordinarium*, no quedó más remedio que imponerle la carga de probar que su posesión era de derecho, es decir, que tenía *animus domini*. A mi saber, la existencia de ese *animus* en el poseedor no se presume. En consecuencia, redacté un auto interlocutorio ordenando la prueba de que «el demandante había poseído los terrenos en cuestión con ánimo de propietario». Mi asesor dio su aprobación a la minuta, y la sentencia fue publicada. El demandante apeló, pero para desgracia suya dejó que el recurso quedara desierto y el auto de prueba pasó a tener autoridad de cosa juzgada.

Pedro Habermaier tenía pues que probar su *animus domini* y sólo entonces, cuando siguieron las diligencias probatorias, comprendí el trastorno que le había creado. Como me dirijo a un público de juristas, no tendré que explicarles por qué esa prueba tenía que malograrse. Pruebe uno que un campesino que labra su campo lo está haciendo *animus domini*. Esas carretadas de estiércol o de heno que van allí ¿dejan ver si el que las transporta es un *detentor* o un *possessor*? Para que el requisito del *animus domini* tenga algún sentido y funcione como una verdad práctica, la posesión deberá vivir y morir con él. ¿Qué pasaría si un arrendatario, en abierta rebelión contra la teoría, se arrogara el *animus domini* o si, a la inversa, un verdadero poseedor de derecho dijera, por error, que no lo tiene? La teoría dirá: eso no es válido. Pero si eso no es válido, si todo poseedor, sea de hecho o de derecho, tiene siempre el ánimo de poseer y hasta tiene que tenerlo conforme a derecho ¿para qué ese requisito del *animus domini*? En ese caso, me parece que no es más que un acompañante involuntario de la posesión de derecho, su sombra, y hacer depender la existencia o inexistencia de esa posesión de la presencia de ese *animus* no me parece más razonable que decir que un animal será bípedo o cuadrúpedo según que la sombra que arroje tenga dos patas o cuatro. ¡Lo que todavía podría admitirse, si el sol brillara constantemente!

De cualquier manera, aquel caso me curó para siempre de mi creencia en el *animus domini*. Claro está que al pobre Pedro Habermaeir esa cura mía le salió harto cara: más de 373 táleros. Porque, es innecesario decirlo, perdió el pleito con costas.

En lo que me toca a mí, sin embargo, ese dinero no fue gastado en balde, y espero que también alguno que otro de los lectores sabrá sacarle provecho al caso. Entonces, a fin de cuentas, el quebranto no habrá sido vano. Es que el mundo es así: los juristas y los médicos hacen sus experiencias, y los litigantes y pacientes son los que las pagan. Sirva de consuelo que, a la postre, los beneficiados son la humanidad y la ciencia.

El caso me deparó muchas horas de sinsabores, sobradamente compensadas por las enseñanzas que de él extraje. Gracias a ese pleito, rompí por completo y para siempre las cadenas de la teoría. A ello contribuyó ciertamente, y no poco, el viejo juez, que desde entonces no dejaba pasar oportunidad para recordarme aquel asunto, y cuando yo hacía el más leve amago de teorizar malsanamente, bastaba que él me preguntara: «¿Quiere usted repetir la historia de Habermaier?» Desde entonces adopté esa expresión suya y di a todo el período de mi vida que se cerró con ese caso el nombre de «período Habermaier». A quien no encuentre otra expresión más adecuada, le ofrezco ésta de mi cuño.

Carta quinta

Propuestas Volkmar para la reforma de la enseñanza del Derecho y de los exámenes[1]

Juzgo necesario reproducir aquí esas propuestas para que puedan entenderse las dos cartas que siguen:

Propuestas presentadas al IV Congreso Alemán de Juristas, reunido en Maguncia en 1863, por el consejero de justicia Volkmar, de Berlín.

«Se propone al Congreso que declare ser su convicción que:

La enseñanza del derecho en las universidades ha menester de un ulterior desarrollo. A tal fin, se consideran apropiadas las siguientes medidas:

1. La exégesis y la historia de la literatura jurídica han de recibir más atención que hasta el presente.
2. Cuando se llame a ocupar cátedras, deberá asignarse importancia a la formación práctica del docente.
3. Las necesidades de la práctica habrán de satisfacarse con la creación de una clínica jurídica.
4. El plan de estudios deberá prolongarse a cuatro años.
5. Basta con un solo examen. Los tribunales examinadores estarán compuestos, en igual número:
   a) por docentes de la facultad, sin hacerse diferencias entre profesores ordinarios, extraordinarios y docentes libres;
   b) por miembros de la carrera judicial;
   c) por miembros del foro.
   Los examinadores no deberán ser siempre las mismas personas.
6. Los *collegia publica* constituyen un elemento esencial de la enseñanza.
7. La libertad de aprender es tan necesaria como la libertad de enseñar.

Por lo tanto, se suprime:

[1] *Deutsche Gerichtszeitung*, año V, 1863, ns. 35 y 36.

— toda obligación de asistencia a las clases;
— todo monopolio de la Universidad estatal;
— toda limitación a la docencia libre».

De la Exposición de Motivos creo tener que destacar los siguientes pasajes:

«Cuántos prácticos a los cuales el tiempo y las circunstancias les impiden asistir a los *collegia privata,* serían asiduos oyentes de un *collegium publicum* que proporcionara enseñanza e inspirara entusiasmo. Justamente los *collegia publica* deberían dar ocasión al docente para aplicar el *docendo discimus* en la práctica y tratar temas que hasta entonces no conocía acabadamente o sobre los cuales no había ganado aún la suficiente claridad. En Dión (60, 33) el docente puede leer cómo Claudio hizo arrojar sin contemplaciones al Tíber a Julio Gálico, por haber perorado éste con excesiva franqueza ante el tribunal del emperador, y cómo Domicio Afer rehusó entonces asumir la defensa en su lugar, diciendo: «¿Quién te ha dicho que yo supiera nadar mejor que Gálico?», y así se ocupará en un *collegium publicum* de los abogados.

En Macrobio leerá: *Ego taceo, non est enim facile in eum scribere, qui potest prescribere,* etc., y tratará de resolver públicamente el problema de los abogados del Estado.

Tenéis razón, amigo mío: las propuestas del señor Volkmar inciden de lleno en el tema que me he propuesto desarrollar y tendré que aprovechar la excelente oportunidad que ellas me brindan para exponer mi parecer sobre las mejoras que podrían introducirse en nuestra jurisprudencia y sobre la manera de implantarlas, tanto más cuanto que hasta ahora sólo he desempeñado el cómodo papel de eterno censor y ya se han levantado voces que desaprueban mis críticas, acusándome de adoptar una postura puramente negativa. Lo menos que puede pedirse a un crítico es, no que él mismo haga mejor las cosas que censura —pues está probado que esto los críticos no lo hacen—, pero sí que indique cómo pueden hacerlas mejor otras personas. ¿Y qué mejor momento para hacer tales indicaciones que éste, en el que la «suma de las fuerzas de los juristas alemanes», como llama al Congreso el autor de la moción, se dispone a hacer, en pro de la jurisprudencia, méritos no inferiores a los que hará la suma de los príncipes alemanes, reunida casi al mismo tiempo en Francfort, en bien de la patria alemana? ¡Dichosos nosotros que vivimos en una época de grandes acontecimientos, y feliz aquel que tiene vocación para hacer oír su

voz y colaborar en esta magna empresa! ¡Oprobio caiga en cambio sobre quie rehúya la tarea, sea por comodidad o por temor!

Sin embargo, permitidme que os lo confiese, al principio he vacilado en responder a vuestra petición. Y ello es porque las propuestas de Volkmar me han llegado a destiempo por algunos años. Me vi en la misma situación que un cazador que, de repente, tiene a la presa ansiada a tiro de su escopeta, pero aún no ha cargado el arma. El señor Volkmar figuraba, en mi plan, en la última carta, y hasta ahora sólo he llegado a la quinta. Por si lo antedicho no fuera lo suficientemente claro: yo me estoy ocupando todavía de los síntomas, de las causas de la enfermedad y la naturaleza de la dolencia, mientras que esas propuestas ya plantean el problema de la terapia. Bien merecido lo tenga por ser tan tardo. Si hubiera apresurado la producción de la docena de cartas que os tengo prometida, podría haber acabado ahora la undécima y el tema de la duodécima se toparía con las propuestas del señor Volkmar. Pero los acontecimientos no esperan, sobre todo cuando se trata, como bien dijo el autor de la moción, de una cuestión que arde. Y tanto es así que más de uno se quemará los dedos al tratarla. Dentro de pocos días será debatida en Maguncia y como lamentablemente estoy impedido de asistir al Congreso, no quiero aparecer *post festum* con mi carta duodécima y dejar pasar así un momento histórico que quizá nunca se repita en mi vida. Por eso, pese a todas mis dudas en lo que toca a la sistemática, debo darla a luz ahora. A decir verdad, ¡no otra cosa hacen muchos médicos! Para aplicar un remedio el requisito previo es que se hayan completado el pronóstico y el diagnóstico y se tenga plena certeza sobre la naturaleza de la enfermedad. Pero el impaciente enfermo clama por un pronto remedio, y así se le receta zumo de regaliz o algo parecido.

Esta vez tampoco puedo ofreceros mucho más que zumo de regaliz, no porque no tenga algo mejor, que en último caso podría obtenerse, sino porque el paciente a quien va destinado ese remedio no está en este momento en condiciones de ingerir otra cosa. ¿Quién de esos señores reunidos en Maguncia tendrá, en medio de las diversiones y esplendideces que aguardan a los congresistas, mayores ganas de leer una carta grave y seria sobre las propuestas de Volkmar, cuando allí encontrará ya más material de lectura de lo que desea? No quisiera que mi carta corra la suerte a la que difícilmente escapan tantos otros impresos que se suelen repartir pródigamente en esas ocasiones: que el lector, como único medio para defenderse contra la avalancha de productos de imprenta, las tire a la papelera. No me queda pues otra salida que adaptarme al ambiente y a las circunstancias que, es de suponer, reinarán en Máguncia en esos días. La carta deberá ser como el aguardiente, del que dicen unos conocidos versos

y dicen que el aguardiente
no hace daño a medianoche

es decir, que un venerable congresista pueda sentir inclinación por leerla aun a tan avanzada hora, tras haber cumplido su diaria faena, cuando se retira a dormir con los pies cansados y la conciencia obnubilada.

Pero ¿para qué una carta? Las jornadas de Maguncia están consagradas a la palabra viva. Ya hace tiempo que sentía el deseo vehemente de pronuncir un discurso en un Congreso de Juristas, para regresar de allí, como otros, cubierto de lauros y ver mi nombre conservado para la más remota posteridad en los informes taquigrafiados. Por desgracia, siempre me faltó una cualidad que otros poseen en un grado tan envidiable: el valor. Mejor dicho, no es que el valor me faltara, pero me llegó siempre a deshora. Cada vez que me decidía a pedir la palabra había llegado siempre el momento en el que aquellos honorables congresistas para los cuales toda asamblea es demasiado larga y toda tertulia demasiado breve, lanzaban ya la voz fatídica: «¡Basta ya, a concluir!» Luego, de las actas resultaba que toda su participación en el debate se había limitado a ese grito. Pero esta vez no permitiré que me hagan esto. Pido la palabra al comienzo de la sesión.

EL PRESIDENTE: El desconocido tiene la palabra.

EL DESCONOCIDO: ¡Señores! Luego de la magnífica conferencia que acabamos de escuchar de labios del señor Piepmeier *, no es fácil para mí usar de la palabra. Tanto más cuanto que el tema es una cuestión cuya importancia no creo exagerar si lo califico de vital para nuestra profesión y nuestra ciencia. Pondría a prueba vuestra paciencia si retomase aquellos puntos que el orador que me ha precedido ya ha desarrollado en forma tan exhaustiva que quita a todos los conferenciantes siguientes la posibilidad de retocarlos o de agregarles algo. Por eso, me circunscribiré a los puntos que él ha tratado con menos lujos de detalles.

La tendencia de las propuestas del señor Volkmar pueden calificarse, en síntesis, de mejoramiento de la raza de los juristas. ¡Señores! Admitámoslo abiertamente: nuestro sistema de cría es malo. Mi deseo habría sido que también el autor de la moción hubiera tenido el valor de decir esto abiertamente, en vez de obligarnos a adivinarlo y leerlo entre líneas. No se puede lavar un abrigo de piel sin mojarlo. Todavía no se ha inventado la limpieza en seco. Y quien quiera implantar una reforma, no se debe andar con remilgos, tocando las cosas sólo con la punta de los dedos y calzando guantes de cabritilla. Hay que usar los puños. Pero lo que menos debe hacerse es lo que ha hecho ese señor al final de su Exposición de Motivos, cuando se despide asegurando «que está gustosamente dispuesto a retirar todas sus propuestas, si...» y lo que sigue.

Hemos dicho que nuestro sistema de cría no da productos de buena raza, pero éstos pueden y deben ser mejorados. ¿Quién no se sentirá imbuido de

* Piepmeier era el personaje central de una sátira del político y escritor Johann Hermann Detmold (publicada en Francfort del Meno en 1849), en la que se caricaturizaba al parlamentario burgués. *(N. del T.)*

una jubilosa fe en ello viendo los éxitos con que han sido coronados intentos similares en campos de rango muy inferior al nuestro? ¿Ha de ser difícil para nosotros lo que han logrado los agricultores? Si mediante la crianza se ha podido mejorar la lana de las ovejas *(rumores en la sala)*, producir más carne, leche, lana y huevos, no hemos de poder también nosotros *(rumor creciente)*, cambiando la manducatoria que aquí se sirve, proveer a los discípulos de Temis que aquí se van formando, de una piel que los proteja contra las inclemencias del tiempo, en vez del ralo pellejo teórico con el que salen tiritando de frío a la vida práctica? *(murmullos de desaprobación y taconeos)*.

Pasando ahora a las propuestas presentadas, sólo puedo compararme a un agüista incrédulo a quien el médico del establecimiento le ha prescrito una serie de normas. Vosotros sabéis que esos médicos gustan de acumular reglas de comportamiento. Prohíben el vino, la cerveza, el té, la mantequilla, la fruta y quién sabe qué otra cosa. El paciente no debe dormir ni más ni menos de tantas horas, no antes de las comidas ni tampoco inmediatamente después; en una palabra, todo está reglamentado minuciosamente hasta el último detalle. Un escéptico aprende bien pronto, sin embargo, que él no ha menester de ese rigorismo, y el médico, cuando en alguna ocasión le hable en confianza, reconocerá que tiene razón, y que muchos de esos preceptos sólo tienen por finalidad impresionar a los espíritus crédulos. Del mismo modo, en las propuestas del ponente distinguiré las que son verdaderamente serias, y entre éstas cuento las relativas a la reforma práctica de los estudios jurídicos y del examen, y las que persiguen fines puramente decorativos, como lo son las referentes a la historia de la literatura jurídica, los *Publica*, los *Exegetica* y la extensión del plan de estudios a cuatro años. La concesión extremadamente liberal que el ponente hace mediante estas propuestas a los intereses de la ciencia pura, tapa la boca a quienquiera que barrunte en ellas un peligro para esa misma ciencia. Constato que esa finalidad ha sido plenamente lograda y que las propuestas han sido recibidas con gran satisfacción precisamente en los círculos universitarios. Los estudiantes con los cuales tuve oportunidad de hablar estaban entusiasmados ante la perspectiva de que el plan de estudios se extendiera a cuatro años, y muchos de ellos me rogaron insistentemente que pusiera mi preferente empeño en ese punto. Ellos son de opinión que, empleado para los fines que señala la Exposición de Motivos [2], el curso de tres años es demasiado breve, especialmente donde hay todavía obligación de asistir a las clases; están convencidos de que si esa obligación se suprime y el trienio universitario pasa a ser un cuatrienio, no les resultará difícil cumplir perfectamente su

[2] «Ellos (los graduandos) no estudiaron el primer año, porque, fatigados aún del examen de bachillerato, querían gozar plenamente de la libertad universitaria. El segundo año tampoco estudiaron, porque tenían que cumplir sus deberes militares. Y el tercer año tampoco lo hicieron, porque tenían que prepararse para el examen.»

cometido. A ese precio estarían también dispuestos a admitir que es necesario cultivar con todo cariño «la niña de los ojos de Dios, la filosofía del derecho, el derecho natural» y a soportar lecciones de historia de la literatura jurídica o exegética y conferencias públicas de toda índole, siempre que no tenga la obligación de asistir a ellas y no se les examine sobre esos temas. Ese sector del público ya estaría de nuestro lado, señores, y eso no es poco, pues quien tiene de su lado a la juventud, tiene en sus manos el porvenir. (*Voces:* ¡Muy bien! ¡Bravo!).

También los docentes con los cuales he hablado se mostraron, en su mayoría, sumamente satisfechos. Especialmente lo estaban los docentes libres por su incorporación a las comisiones examinadoras y por la creación de las dos nuevas cátedras, de exégesis y de historia de la literatura jurídica, con lo cual se tendría en Alemania y en Suiza un número considerable de plazas a cubrir. Sólo la receta para dictar un *publicum,* dada por el ponente en su exposición de motivos, no fue tan bien recibida. Por cierto que todos las hallaron muy cómoda. Bastaría contar con cuestiones que hasta ese momento «uno no conocía acabadamente o sobre las cuales no había ganado aún la suficiente claridad» y leer sobre un acontecimiento referente a ella, una anécdota, etc., «...y ocuparse del tema en una disertación pública». Ni siquiera sería menester llegar a leer, como el ponente; a Dión Casio o a Macrobio, pues no todos hallan el ocio para leer esos libros, sino la lectura más corriente, incluso un diario, una hoja de anuncios, una novela, sobre todo una novela moderna del género jurídico, sería suficiente para despertar ese interés. Pero para dictar tal conferencia será necesario contar con un público que quiera escuchar, y temían que la referencia que les hacía el ponente, a los «muchos prácticos a los cuales razones de tiempo u otras circunstancias impiden asistir a los *collegia privata*», no les daría beneficios, puesto que esos prácticos probablemente considerarían muchísimo más cómodo dictar ellos mismos lecciones en público siguiendo esa receta.

Para dar a conocer mi propia opinión sobre estas propuestas doctrinales: estoy decididamente en contra de ellas. ¿Qué médico prescribiría a un paciente que no soporta los baños calientes, que permanezca más tiempo en el agua y que le aumente la temperatura? Aquí en nuestro caso, el paciente es el estudiante y los baños calientes las clases teóricas. Con prolongar el curso de tres a cuatro años, introduciendo, como asignaturas nuevas, historia de la literatura, exégesis y derecho natural, se sumirá al paciente aún más en la teoría y de esa manera el mal que se pretende curar, no sería paliado, sino agravado.

¡Señores! Lo que nuestro paciente necesita es precisamente lo contrario (¡Muy bien!): que se refresque, que se le administren compresas frías, se le ponga hielo en la cabeza, y se le apliquen sanguijuelas, para que vuelva en sí y pueda salir sin peligro al aire fresco de la vida práctica. La enseñanza debe tener más en cuenta el aspecto práctico. Hay un principio que

dice que la jurisprudencia es una ciencia práctica y ese principio debe convertirse en realidad. Sobre esto ya se han dicho tantas cosas acertadas en el curso de este debate que yo habré de limitarme a dos puntos que en mi opinión no han sido aún agotados, a saber, la clínica jurídica y la propuesta de reducir el número de exámenes a uno solo.

La idea de establecer una clínica jurídica, como pude observar, ha pasmado a muchos, pero a mí no me ha sorprendido en absoluto. Se trata únicamente de comprenderla en conexión con la evolución de nuestra ciencia. Con ese presupuesto, esa idea no se nos presenta como algo espontáneo, absolutamente nuevo, sino como una consecuencia necesaria de la orientación actual, como fin último y como culminación de la misma, a tal punto que me atrevo a afirmar: si no la hubiera expresado el ponente, la habría expresado otro, quizá yo mismo. Señores, cada ciencia tiene que atravesar períodos en los cuales la estrechez de su ámbito llega a abrumarla, en los que siente el irresistible deseo de salir al aire libre, para orearse y recrearse, igual que nosotros cuando hemos estado trabajando todo un año sentados tras nuestros escritorios y sentimos necesidad de hacer un viaje para recobrar fuerzas. Llamaré a este fenómeno el de los viajes de las ciencias. Una de ellas va repentinamente a visitar a sus vecinas y amigas, se hospeda por un tiempo con ellas, ve y se entera de muchas cosas nuevas y vuelve luego a su casa remozada, fortificada y enriquecida de nuevas concepciones y puntos de vista. Así por ejemplo, en la época de la filosofía natural, las ciencias naturales vivieron en casa de la filosofía; en la Edad Media, la filosofía en casa de la teología, para no hablar de otros ejemplos. Del mismo modo también nuestra jurisprudencia sintió de cuando en cuando la necesidad de hacer una visita a sus hermanas; en otros tiempos sintió predilección por la historia, la filología y la filosofía, pero en el último decenio prefirió las ciencias naturales y la medicina, a tal punto que la fase actual podría llamarse el período «naturalista» —como que la jurisprudencia ya conoce un «método naturalista» [3]— o, mejor aún, período médico. Y no es para menos: el jurista culto de hoy, para comprender cabalmente las instituciones jurídicas, debe someterlas a una investigación anatómica y fisiológica, y nosotros, los prácticos, apenas podemos movernos en nuestra actividad profesional sin hacer algo que no esté relacionado con la medicina. Como el mejor anatomista, *seccionamos* el caso jurídico; como el médico a la cabecera del enfermo, tenemos necesidad de trazar un *diagnóstico* y demás cosas propias de esa profesión. ¿Dónde puede lograrse esa formación médico-jurídica si no es en la clínica jurídica? La propuesta de crearla no puede extrañar a nadie; antes bien es de extrañar que no se la haya presentado hace ya mucho tiempo. Sólo ha menester de un complemento y remate, que voy a tener el honor de exponeros seguidamente.

[3] Esto y lo que sigue es alusión a mi *Geist des römischen Rechts (Espíritu del derecho romano)*, II, 2 § 41.

Entre los médicos, que deben servirnos siempre de modelo, la enseñanza no comienza inmediatamente con la clínica, sino con las asignaturas teóricas. Mas para exponer esas asignaturas en forma verdaderamente instructiva se requieren colecciones de toda clase: anatómicas, anátomo-patológicas, fisiológicas, farmacológicas, etc. Ahora bien, a mi parecer, la enseñanza práctica de la jurisprudencia necesitaría indispensablemente de colecciones similares como ayuda didáctica. La convicción de la necesidad de estas colecciones y de una enseñanza impartida con su auxilio reposa en una experiencia que tuve en mis años de estudiante. El profesor que nos dictaba clases sobre las Pandectas, era, además de un excelente pandectista, un gran aficionado al rapé, y tenía siempre sobre su cátedra, al alcance de su mano, una tabaquera de oro. Fuera por esa proximidad física o por lo cerca que la cajita estaba de su corazón, lo cierto es que todos los negocios jurídicos que vincularon a Mevio y a Ticio en el curso de aquel semestre, giraban siempre en torno a esa caja de rapé. Con la misma certeza con que podíamos esperar que en el caso que nos planteara entrarían en escena las consabidas figuras de Ticio y de Mevio, podíamos contar con que el objeto de su litis sería la tabaquera. Era como si nuestro profesor hubiera tenido la sensación de que, para restablecer el equilibrio entre la Edad antigua y la contemporánea, sería menester contraponer a los personajes, tomados de la Antigüedad, un objeto bien moderno. Si Ticio tenía que dar a Mevio alguna cosa en depósito, esa cosa era invariablemente la tabaquera de oro; lo mismo ocurría si quería dar algo en comodato, o en prenda, o permutar, comprar, donar, legar, o celebrar sobre alguna cosa un contrato innominado. Podría haberse pensado que todo el comercio de la antigua Roma y todos los intereses de la vida romana habrían girado en torno al rapé y a las tabaqueras. Ocurría incluso que la tabaquera se salía de sus proporciones naturales y se transformaba en un *praedium rusticum* o *urbanum* y así servía para explicarnos las servidumbres prediales, hipotecas y otras relaciones jurídicas sobre inmuebles. Ese inagotable polifacetismo del objeto de demostración tenía sin embargo un inconveniente, y me atrevo a afirmar que a uno de mis conocidos, con el cual solía repasar las Pandectas, esa tabaquera le impidió llegar a ser un jurista hecho y derecho. Como su ojo atento, movido por un incansable afán de aprender, enfocaba siempre el mismo objeto y lo devoraba con su mirada ansiosa, no llegaba a tomar conciencia de la diversidad de las relaciones jurídicas, porque su atención saltaba siempre de los conceptos a la tabaquera y al final de la lección ese objeto era lo único de todas las demostraciones que había quedado en su memoria. Al finalizar el semestre estaba en la misma situación. La suma de todos sus conocimientos se reducía a la tabaquera: ella se había convertido en el compendio y en la tumba de todo su saber.

Esa experiencia, señores, me llevó ya en aquel entonces a la conclusión de que para enseñar el derecho en forma gráfica se ha menester de diversos

objetos y, cultivando ese pensamiento, he llegado por último a la idea que ahora tengo el honor de exponeros.

En toda universidad alemana deberá crearse un gabinete o museo jurídico, dividido en dos secciones: una para los objetos, y la otra para los sujetos del derecho, y ambas deberán estar en todo momento a disposición de los profesores para fines docentes. El gabinete de los objetos deberá contener cosas muebles, pero de una variedad tan completa que se eviten calamidades como la señalada. La enseñanza visual relativa a las cosas inmuebles, por ejemplo las *res publicae, religiosae,* las servidumbres prediales, superficies y enfiteusis, podrá cumplirse haciendo excursiones a los aledaños. La idea rectora en la formación de esas colecciones habrá de ser que para todo concepto, para toda relación jurídica, se elija un objeto adecuado y se le asocie para que los dos, el concepto y el objeto, se amalgamen en el espíritu del oyente para formar una unidad. Con este conocido expediente nemotécnico los conceptos se le grabarían sencilla e indeleblemente. Suponiendo que como objeto del comodato se eligiere un libro, cada libro que el estudiante llegue a ver le recordará siempre el concepto de comodato; juntamente con el objeto se incorporaría a su memoria el concepto. Todos esos objetos llevarían su correspondiente etiqueta y serían ordenados con arreglo al sistema. En la Instituta y las Pandectas vendrían primero los de la parte general: las cosas simples y las compuestas, las cosas principales y las accesorias, las pertenencias, los frutos, las cosas fungibles y las consumibles. Quien haya visto una sola vez esa parte de la colección, estará a salvo de todo peligro de confundirse o de aplicar esos conceptos incorrectamente. Para mayor eficacias los objetos demostrativos podrían dejarse, una vez finalizada la clase, al examen de los alumnos, a los cuales debería permitírseles además en todo momento el acceso al gabinete.

Que los clavos, las velas y la leña, etc., pertenecen a la categoría de las cosas consumibles, es un concepto que debería grabarse indeleblemente en la memoria de un estudiante que lo haya aprendido por ese método. Pero yo recuerdo una viva discusión que sostuve en mis años de estudiante con un conocido que me negaba que esos objetos pudieran clasificarse como consumibles, por cuanto no eran... comestibles.

Luego de los objetos de la parte general vendrían los de la parte especial. Así por ejemplo, para el estudio de la propiedad habría una colección instructiva para enseñar la teoría de la accesión y la especificación, y para esta última siempre dos objetos: el originario y el especificado. En las obligaciones, todo contrato o todo negocio jurídico de especial interés estaría representado por un objeto; así por ejemplo las diversas modalidades de la compraventa: la compraventa a prueba, según muestra, *per aversionem, per mensuram,* etc., deberán estar todas representadas. En la compra de la herencia, para ahorrar gastos, se podría tomar la herencia usada en sucesiones, pero en todo lo demás habría que cuidarse muy bien de emplear un mismo

objeto para dos relaciones jurídicas distintas, a fin de precaverse contra cualquier peligro de confusión. Antes bien, en ciertos casos sería aconsejable adquirir dos ejemplares exactamente iguales de un objeto demostrativo, de los cuales el uno habría de representar la forma normal, el otro la forma anormal de la relación, del mismo modo que un profesor de medicina contrapone a su colección anatómica una colección anátomo-patológica. Así por ejemplo, en el comodato, uno de los libros debería representar el objeto tal como fue entregado y devuelto, y el otro, un ejemplar emborronado con una mancha de tinta por culpa del comodatario.

No quiero aburriros, señores, acumulando más ejemplos. Del mismo modo que con las Pandectas, la idea del gabinete de objetos podría aprovecharse en las demás ramas del derecho, por ejemplo, en el derecho cambiario, donde las diversas clases de letras y los distintos procesos que atraviesan en la vida de una cambial podrían ser ilustrados con formularios.

Un gabinete de esa clase, dispuesto con arreglo a un plan, completamente instalado y debidamente aprovechado, podría obrar milagros e introduciría a los estudiantes, sin que ellos mismos lo advirtieran y sin el menor esfuerzo, en la vida práctica. Los costos serían considerables, pero el beneficio que reportaría los compensaría con creces. Lo más caro serían los animales, porque son un capital que come. Pero no deberán faltar, para el *contractus socidae,* animales de hierro; para las *actiones aedilitiae* un caballo con algún defecto, como podría ser, encefalitis; para las *actiones de pauperie* algunos animales con defectos *contra naturam sui generis,* que por esa misma razón, igual que el caballo, podrían conseguirse a bajo precio; para el usufructo una oveja con un corderillo, y sólo el rebaño, que se necesitaría en la parte general como ejemplo de la *universitas rerum distantium,* tendría que ser mostrado, por razones de economía, aprovechando una excursión.

Mucho más difícil será reunir la segunda sección, el gabinete con el necesario contingente de sujetos de derecho, y no ignoro que son magras las posibilidades de que llegue a concretarse, en una época próxima, tan completo y tan con arreglo a mi plan como yo desearía. Mas esto no ha de ser óbice para que ahora al menos les exponga mi idea, aunque la simiente no germine hasta dentro de algunos siglos.

La finalidad que tendrían que cumplir esos sujetos de gabinete o instituto consistiría en escenificar ante los ojos de los alumnos, desde el comienzo hasta el fin, los casos jurídicos. Celebrarían contratos, otorgarían testamentos y codicilos, librarían letras, litigarían, depondrían como testigos, jurarían en falso, legalizarían documentos, darían órdenes de embargo, cometerían delitos y crímenes, en síntesis, harían todo lo que es posible hacer en el campo del derecho. Para economizar gastos podría confiarse a una persona más de un papel, como se hace en los teatros pequeños, siempre que esos papeles no sean incompatibles; por ejemplo, el vendedor y el comprador podrían actuar al mismo tiempo como arrendador y arrendatario, como

comodante y comodatario, etc., en suma, podrían celebrar todos los contratos bilaterales. Para los contratos unilaterales deberían emplearse otras personas, a fin de destacar la diferencia entre las dos clases de negocios, y éstas tendrían que hacerse cargo también de todos los demás negocios unilaterales, por ejemplo el otorgamiento de testamento y la adición de herencia. De cualquier manera, debería distinguírselos de los protagonistas de los negocios bilaterales por algún rasgo o peculiaridad visible; lo más adecuado sería seguramente contraponer personas delgadas y personas gruesas. Pero aun con esa simplificación, el número de personas que debería contratarse seguiría siendo considerable. Porque quiero destacar que considero absolutamente indispensables las siguientes: para el *proceso,* un juez, dos peritos, dos abogados y la necesaria serie de testigos: capaces, incapaces, sospechosos, amén de un alguacil. Los nombrados en primer término deberán servir, por razones de economía, también para el proceso penal y en las causas civiles también para las instancias segunda y tercera. En la acción contra *iudex qui litem suam fecerit,* en la que hacen falta dos jueces, el papel del primero podría representarlo alguna persona disponible del instituto. Como jurados podría contratarse, cuando el personal del instituto no fuere suficiente, personal ocasional. En la parte general del derecho privado deberían estar representadas ante todo las diversas edades. Habría pues necesidad de un *infans* (el *nasciturus* quedaría a cargo de la mujer que en la *missio ventris nomine* asuma el papel de *venter,* que, por razones obvias, no sería contratada permanentemente sino cuando la oportunidad lo requiera). Tendría que haber un *infantia maior,* un *infantiae* y *pubertati proximus,* un *pubes,* un *minor* y un *maior.* Las personas así contratadas podrían tener un puesto permanente en el instituto e ir ascendiendo de grado. Alcanzada la mayoría de edad, podrían ser aspirantes a la próxima vacante. Veamos ahora la diferencia de sexos. De un hermafrodita podría prescindirse; llegado el caso, habría que remitir a los alumnos al gabinete de anatomía. Tendría que haber en cambio algunas mujeres, y en cualquier caso, una soltera y otra casada, para explicar los esponsales, el matrimonio, la dote, la acción de paternidad y el senadoconsulto Veleyano (y también podría empleárselas en la *missio ventris nomine,* si se hallaran en estado interesante). La indumentaria, se entiende, será distinta en cada oportunidad. Si llegare a necesitarse una *persona turpis,* ésta debería alquilarse ocasionalmente, no solamente por ser más económico, sino que también lo exigiría el respeto debido al restante personal del instituto e incluso a los mismos estudiantes. Entre los hombres no deberían faltar, ya por razón de la forma de los testamentos, un *miles,* un *rusticus* y un ciego; mas no quisiera propiciar que al instituto se incorpore también un *furiosus.* Sería, en cambio, indispensable contar con un *diligens paterfamilias* y, como antítesis, para ofrecer una imagen de la *culpa lata,* una persona extraordinariamente despreocupada y negligente. Este puesto podría cubrirse con un poeta pobre; así se haría al mismo tiempo

un servicio a la fundación Schiller. En lo que atañe a la parte especial del derecho privado, habría que agregar a las personas ya mentadas un tutor y un curador; en lo demás, podrían bastar las existentes. Pero en materia de derecho penal, no deberá faltar un abundante surtido de delincuentes, porque los papeles de un ladrón pequeño, grande o calificado, el de un asesino y el de un homicida no deberán ser encomendados, por fidelidad a nuestro principio supremo, a las mismas personas *(signos de inquietud en la sala).*

EL PRESIDENTE: Quisiera pedir al señor orador que sintetice algo más su discurso. Los ejemplos expuestos me parecen enteramente suficientes para poner en claro su idea.

UNA VOZ DE ENTRE LA CONCURRENCIA: ¿Y cómo haría el señor orador para representar a un *absens* o a un desaparecido? *(Risas.)*

EL DESCONOCIDO: No se me escapan las dificultades que se oponen a una realización consecuente de mi idea. En cierta medida, habría que resignarse a no llevarla a cabo. Confieso, por ejemplo, que hasta el presente no se me ha ocurrido cómo se podría representar a una persona jurídica o una fundación. Mas esto no nos impide, señores, poner en práctica la idea en la medida en que sea factible. ¡Qué cuadro plástico de la vida práctica del derecho podría mostrarse a los alumnos usando sólo los medios que acabo de indicar! ¡Cómo estimularía esa dramaturgia jurídica su interés, cómo aguzaría su imaginación, cómo facilitaría el trabajo de su memoria! Vosotros sabéis que algunos maestros mantienen aún para el derecho actual la diferencia entre *tutor* y *curator,* y tal vez recordéis de vuestros años de estudiantes cuánto les cuesta a los pobres alumnos captar esa diferencia. ¡Cuán tersa se tornaría de pronto la misma si el profesor presentara ante los ojos de sus oyentes una escena en la que el tutor de la Instituta interpone su *auctoritas,* mientras que el *curator* da simplemente su consentimiento! Quedaría puesto en claro que el primero suple la personalidad incompleta, mientras que el otro sólo interviene en la administración de los bienes. Pero el *curator* podría emplearse también, fuera del marco de la enseñanza universitaria, para un fin extremadamente benéfico para quienes se dedican al comercio. La tesis de que un menor de edad no puede obligarse por contrato sin el consentimiento de su tutor, cuenta, como se sabe, con buen número de partidarios. Hace sólo pocos años un comerciante demandó a un teniente por el pago de ciertas prendas de vestir. El teniente era menor de edad y el Tribunal Superior de Apelación de Rostock rechazó la demanda, sosteniendo que, para prosperar, exigiría la afirmación de que en el momento de la *litiscontestatio* hubiera habido un enriquecimiento sin causa [4]. Esto es demasiado para la simple mentalidad de un profano. Si un teniente

[4] La sentencia está reproducida en SEUFFERT, *Archiv für Entscheidungen,* etc., tomo XI, n. 26.

encarga una botella de vino, ningún camarero tendrá reparo en traérsela y no le preguntará si, por casualidad, no es menor de edad, pese a su bigote, y, si, no obstante su conocidamente buena posición económica, no lleva encima dinero contante y sonante. Si, por desgracia, el parroquiano no llevase dinero consigo, u olvidase pagar, el camarero será digno de lástima, pues estará condenado a limitar su pretensión contra el teniente «al monto del enriquecimiento en el momento de la *litiscontestatio*». De estarse a esa opinión, un médico que acuda de noche a la cabecera de un enfermo, deberá asegurarse previamente de que su paciente no sea un menor de edad, y si lo fuere, antes de tratarlo tendrá que sacar de la cama al curador para obtener su conformidad. Otro tanto tendría que hacer un boticario antes de despachar los medicamentos, y así podrá ocurrir que antes de formalizados todos estos requisitos, el paciente pase a mejor vida. Un hotelero tendría que rechazar a todos los huéspedes sospechosos de ser menores de edad y estar sujetos a tutela, o si no, exigirles el pago por adelantado. Ningún sastre o zapatero podría tomar las medidas para una chaqueta o un par de botas, o por lo menos no podría confeccionarlos, de no mediar consentimiento del tutor o pago previo. La vida cotidiana puede convencer a cualquiera que todas estas buenas gentes no tienen generalmente ni la más remota sospecha de que exista una norma jurídica tan descabellada y que, cuando tropiezan con ella, el encontronazo les sale caro. ¡Qué instructivo sería para todos ellos si esa regla fuera puesta ante sus ojos de cuando en cuando en los mercados y fiestas públicas o mediante una escena representada por el tutor de nuestro instituto! El tutor debería, como lo postula tácitamente esa regla, seguir a cada paso al joven teniente y en cada negocio que éste concluya, deberá prestar su conformidad o echar él mismo mano de su billetera. Para hacer aún más manifiesta la total dependencia de su pupilo, podría llevarlo en brazos, como a un niño de pecho, siempre que no le resulte muy pesado.

Si se me permite dar algunos ejemplos más... (¡No, no! ¡Basta! ¡Al grano! *Inquietud general.*)

EL PRESIDENTE: Debo pedir al señor orador, en su propio interés, que se atenga al tema. Usted quería hablar de la clínica jurídica y me parece que la ha olvidado.

EL DESCONOCIDO: Señores, he estado todo el tiempo ocupándome del tema. ¿Qué otra cosa son mis colecciones que una aplicación consecuente de la idea de la clínica jurídica? ¿Cómo podría un profesor dar enseñanza clínica sin contar con el material necesario? No podría pedírsele a él que los costee, pues le resultaría excesivamente caro. Una simple policlínica o una clínica ambulatoria, esto es, las excursiones jurídicas que hemos mencionado ya varias veces, no son suficientes. Para que la enseñanza clínica dé frutos, habrá menester además, como en la medicina, de una clínica estable y ésta, como hemos dicho, no es realizable sin mi gabinete. Por lo demás, he terminado con este tema; permítaseme sólo una observación más. Instalar un

gabinete de sujetos o, como prefiero llamarlo, un instituto jurídico, exigiría un gasto tan elevado que es difícil que los parlamentos alemanes lo aprueben. Bien encarado, sin embargo, el plan podría realizarse a un costo sumamente económico. La mayor parte de las plazas podrían cubrirse con juristas y vosotros sabéis que nosotros no solemos tener grandes pretensiones. Más de uno de nosotros sirve al Estado sin emolumento alguno por diez o más años para percibir luego 300 táleros; siendo así, también puede prestarse a trabajar gratis en el instituto, y cuando la falta de remuneración es compensada por algún título tentador, como podría ser el de consejero de instrucción o de instituto, o si se le conceden dietas por cada servicio que presta, no dudo que se presentará una gran cantidad de aspirantes para hacer su curso práctico allí. Otra forma de economizar sería crear puestos remunerados, pero administrados por comisionados sin sueldo, sistema éste que han puesto en práctica con gran éxito algunos Estados alemanes. Por razones de buen tino, se podría emplear a sueldo íntegro a jueces retirados, abogados de edad y docentes libres sin porvenir. En suma, estoy convencido de que los costos podrían reducirse de tal modo que no guardarían ninguna relación con los beneficios que ese instituto reportaría.

Me ocuparé ahora de la cuestión de los exámenes. Hasta aquí he tenido la fortuna de poder apoyar al ponente y aun de desarrollar más sus ideas. Pero al pasar a este segundo punto me veo obligado, lamentablemente, a oponerme a ellas de la manera más rotunda. Discrepo profundamente de la idea de reducir el número de exámenes; muy por el contrario, opino que debe haber más exámenes (*Gritos*: ¡Eh! ¡Eh! *Murmullos de protesta*). Sí, señores, debe haber más exámenes y no dudo de que, pese a vuestra enérgica protesta, habré de ganaros para mi idea. Resumiré esa idea diciendo: *el examen es perpetuo.*

En lo que respecta a la cuestión de los exámenes, sólo puedo considerar justificadas dos opiniones: que no se haga ningún examen, o que se los repita periódicamente mientras el individuo viva. Todo lo demás son paparruchas. Porque una de dos: el examen, o es superfluo, o es necesario. Si es superfluo que se lo suprima. Pero si es necesario, lo será mientras persista la causa de esa necesidad. Es bien sabido que la finalidad de un examen es dar al Estado la convicción de que el aspirante tiene los conocimientos suficientes o, indirectamente, estimular a éste para que los adquiera. Ahora bien, si los conocimientos fueran una posesión que se adquiere a perpetuidad, bastaría adquirirlos una sola vez, y por ende también bastaría un solo examen. Mas siendo como son una posesión del espíritu, tienen, como el alcohol, la propiedad de irse evaporando con el tiempo. Si el tonel no se rellena periódicamente, llegará el día en que lo encontraremos vacío. ¿Cuántos de nosotros se atreverían ahora a conjugar completo el verbo τύπτω? Y sin embargo, todos hemos hecho mucho más que eso cuando estudiábamos griego en el colegio. ¿Qué cabe concluir de esto? Cabe concluir que el exa-

men debe repetirse de cuando en cuando a lo largo de toda la vida. Si es que cada uno de nosotros, sea juez o sea abogado, tiene necesidad de una determinada suma de conocimientos, y el Estado considera deber suyo cerciorarse mediante un examen de que reunimos esos requisitos ¿qué garantía ofrece un examen tomado treinta o cuarenta años atrás, de que esa masa de conocimientos aún existe? Hace cuarenta años, desbordaban el tonel, y hoy ese tonel quizá no contenga ni una gota. Con llenarlo una vez no está hecho; más adelante hay que rellenarlo. Si se piensa que para llenarlo hace falta coacción ¿cómo puede pensarse que se podrá prescindir de ella para rellenarlo? Hay otro hecho más. El jurista no sólo debe conservar el capital originario de conocimientos que trae de la Universidad, sino que también debe aumentarlo. Debe mantenerse al tanto de los adelantos de la ciencia y continuar sin pausa su formación. Pregunto nuevamente, ¿qué otra garantía hay para que haga esto, fuera de los exámenes periódicos?

Señores, perdonad mi cruda franqueza, pero digo lo que pienso. En mi opinión revela una grave falta de responsabilidad el que el Estado confíe la vida, el honor, la seguridad y la integridad patrimonial de sus súbditos a personas de las cuales no tiene la certeza de que están todavía en condiciones de cumplir esa tarea. Con el mismo derecho, la administración de los ferrocarriles podría contentarse con un único examen de los vagones. Esos vagones tienen que ser sometidos de tiempo en tiempo a un examen para comprobar si aún están en condiciones. Por las mismas razones habrá que hacer otro tanto con los juristas, que en cierto modo deben considerarse vagones de carga (*Voces:* Esto es intolerable... no permitimos que se hagan tales comparaciones - *Rumores*).

EL PRESIDENTE: Debo llamar al orden al orador por este parangón inadecuado (¡Bravo!).

EL DESCONOCIDO: Señores. Pido disculpas por esa comparación, que se me ha escapado irreflexivamente. Sólo os pido permiso para decir unas palabras más. (¡No! ¡No! ¡Acabemos!) Señores, quisiera presentar al menos una propuesta. (¡Acabar! - ¡Acabar! - *Otras voces:* Un momento, hay que dejarle formular la propuesta.)

EL PRESIDENTE: Espero que se le permita formular esa propuesta.

EL DESCONOCIDO: Lo que propongo es una enmienda al primer enunciado de la propuesta número 5 de Volkmar. Propongo darle el siguiente tenor:

La revisión de los conocimientos que un jurista práctico debe tener necesariamente en todo momento, esto es, el examen, deberá repetirse de tiempo en tiempo, sin consideración de la edad de la posición.

Señores. Para fundamentar esta propuesta apenas necesito agregar algo a lo ya dicho. Sólo con esa institución la idea del examen logrará su pleno desarrollo lógico, sólo con ella se tornará realidad. En cualquier otro caso será una chapuza de la peor especie. Por las mismas razones por las cuales

las autoridades revisan de cuando en cuando las cajas públicas, deberían revisar periódicamente el saber de los juristas, porque ese saber representa un capital mucho más valioso que el contenido de esas cajas: el capital espiritual de una empresa con el que el Estado cumple su misión suprema y más importante: el manejo de la justicia, el mantenimiento del orden jurídico. La idea de esa revisión tiene algo de sublime. Sería un magnífico inventario de toda la inteligencia jurídica del país, un reavivamiento del censo romano, espiritualizado y digno del siglo XIX. Cada cual tendría que empadronarse y hacerse estimar, sin excepción alguna, ni siquiera la del señor Ministro de Justicia *(Risas).* ¿No es verdaderamente sublime la idea de que un Ministro de Justicia deba rendir examen y quepa la posibilidad de que deba abandonar su cargo por tener conceptos deficientes de derecho público o por atentar burdamente contra la teoría del arte interpretativo? Señores, si el examen se hiciera extensivo a todos los funcionarios públicos y a todos los juristas prácticos y teóricos, se habría logrado tal victoria para la justicia y para la igualdad ante la ley como no podría yo concebirla más excelsa ni más bella. Al mismo tiempo se inculcaría al pueblo una tal confianza en los juristas como éstos no la gozaron ni en la antigua Roma.

Me preguntaréis: si todos han de ser examinados ¿quiénes serán los examinadores? Nada más sencillo: sólo habrá que aplicar el método de enseñanza Bell-Lancaster a los exámenes. En otras palabras, el examen deberá ser recíproco. Año por medio cada mitad examinará a la otra, es decir, cada año nos iríamos turnando por mitades. ¡Qué espectáculo grandioso será ver cada año a todo el cuerpo de juristas trabados en una lid intelectual ante los ojos de todo el pueblo! Porque, quiero aclarar, presupongo que el examen será público. ¡Cómo se aglomeraría la gente y qué oportunidad de lucimiento! Tal vez se podría convertir ese acontecimiento en una festividad nacional, siguiendo el modelo de los gimnastas o, si se quieren tomar otros más brillantes de épocas pasadas, de los juegos olímpicos o de los torneos medievales *(Risas).*

Podréis reiros y puede ser que yo me haya excedido un tanto en la pintura de este cuadro, pero la idea en sí, es decir, la idea de la perpetuidad del examen está plenamente justificada y, lo que es más, es perfectamente realizable. (¡Oh!) Sí, señores, y no sólo es realizable, sino que ya está en estudio el plan para ponerla en práctica en varios Estados alemanes. En Prusia ya se toman tres exámenes; ¿cuánto falta aún para llegar a mi propuesta? (*Rumores.* ¡Basta! ¡Acabar!) En la China... (¡Basta! ¡Terminemos!) Pero señores, ¿queréis que termine mi discurso con la China? ¿Es que Alemania...? (¡Basta! - ¡Terminemos! - ¡Acabar! - *Debido al gran alboroto, los taquígrafos no pudieron captar de la frase final del orador más que estas palabras sueltas:* «exámenes» *e* «instituciones chinas».)

Carta sexta

La literatura jurídica. Causas de la grafomanía[1]

La sugerencia que expuse en mi carta primera, que vio la luz, como compruebo con espanto, en el número 41 del año 1861, se ha realizado en forma tan deslumbrante que ha superado todas las expectativas. La máscara del desconocido se ha convertido realmente en aquel dominó bajo el cual fueron entrando al baile de disfraces todos los integrantes de la guardia del palacio para hartarse en el bufé. El desconocido que se esconde tras la máscara es ya una, ya otra persona, sin que la una sepa de la otra. He sido, ora el desconocido civilista, ora el penalista, otra el procesalista civil[2] y últimamente (n. 2, pág. 153) he sido incluso el desconocido *extra seriem*. Quiere decir que puedo dividirme y multiplicarme ante los ojos de la gente como un gusano cortado en trozos. Cada uno de esos trozos se agita y colea por su propia cuenta, y, sin embargo, todos esos desconocidos que se agitan y colean no son otro que yo mismo. Si no fuera tan turbador tener dudas acerca del propio yo y encontrarse a cada paso con dobles, podría calificarse de envidiable esta suerte de poder multiplicarse así y mostrarse tan fecundo en el campo de la literatura sin necesidad de poner empeño en ello. ¿Por qué no se les habrá ocurrido también alguna vez a Savigny y a Puchta cubrirse con un capuchón ajeno y echar al mundo sus obras bajo los nombres de Brackenhöft o de Rosshirt? ¿Cuál no habría sido el asombro de estos últimos si hubieran llegado a tener en sus manos una obra propia y entenderla? Vos sabéis que Hauff publicó su cuento «El hombre en la luna» bajo el seudónimo de Clauren, y el público no se percató del engaño. Quién sabe cuántas veces no se le gasta al público de juristas una broma semejante. Por lo menos,

[1] *Deutsche Gerichtszeitung*, nueva serie, tomo I, págs. 300 y ss., 1866.

[2] De las cartas había aparecido también una segunda y una tercera serie (Derecho procesal civil y Derecho penal), que no eran mías.

cuando leo muchos de los escritos de autores modernos no puedo librarme de la sospecha de que esos escritos no proceden de su pluma, sino que son obra de alguna condenada lavandera que vierte sus sucias aguas en el campo de nuestra literatura. Hace poco justamente, he tenido en mis manos uno de sus productos: una cuba de lavazas, de unas 300 páginas, en la que no flotaba más que un solo pensamiento, pequeño, miserable y, para colmo, erróneo. Si alguna vez llego a poner las manos encima a esa pécora que no respeta siquiera a personas de renombre y prestigio ¡pardiez! habrá de pasarlo mal. ¿No se podría convencer a la Sociedad Jurídica de Berlín para que ponga precio a la captura de esa lavandera jurídica que comete tamañas truhanerías escudándose tras los nombres de jurisconsultos?

Esté o no acertado en mi sospecha, lo cierto es que hay quienes escriben usando mi máscara. Quéjense otros de que alguien les ha hurtado los huevecillos que estaban empollando y luego ha presentado la cría resultante como hijos propios. En mi caso, el hurto literario felizmente se invierte: es a mí a quien otros ponen huevecillos en mi nido, de los cuales nacen luego polluelos que llevan mi nombre. ¡Qué asombrosa erudición muestro yo en los más variados campos del derecho! Derecho romano, derecho civil prusiano, historia del derecho, derecho penal, proceso civil. No hay nada en que yo no sea perito. Mi mayor curiosidad es saber qué conocimientos habré de desarrollar aún en el campo del derecho político. Saber algo de eso es hoy en día problemático. El derecho federal, el derecho hannoveriano, el del Electorado de Hesse, el derecho de Nassau, todos ellos han desaparecido de la noche a la mañana. Sólo han quedado los cuadernos de los profesores, cuadernos que ahora yacen inertes en un pupitre y rumian contra el malvado Bismarck. Quizá sueñan también con una feliz resurrección, en la que el mundo que se les ha escapado de las manos vuelva arrepentido a meterse entre ellas y los soberanos depuestos sean restituidos a sus «reinos» y a sus «pueblos».

Pero, por un mal hábito, me estoy saliendo otra vez del tema. Lo que quería era agradecer públicamente a todas esas buenas gentes que han puesto sus huevecillos en mi nido. No puedo hacerlo privadamente, porque desconozco sus direcciones, y vos, estimado señor director, no habéis querido comunicármelas. A todos vosotros os doy la bienvenida bajo mis alas, mis desconocidos cofrades. Pero muy en especial sé bienvenido tú, recién llegado al nido, que envías tus anónimas contribuciones con el sello postal de Leipzig. Prometedor sarmiento de mi vid, te ruego que nos hagas llegar con frecuencia regalos tales como tu carta primera (n. 10 de 1866, pág. 61), bucea a menudo en el inmenso mar de los disparates jurídicos para extraer de sus profundidades perlas tan preciosas como la suegra de Strippelmann, que es una pieza selecta de primera categoría. Nosotros y quien desee unírsenos habremos de reiniciar todos juntos la lucha contra las aberraciones de nuestra literatura jurídica. Los oropeles de la falsa erudición o de un pretendido

sentido de agudeza o profundidad con que éstas se han adornado no nos impedirán percibir y poner al descubierto su verdadera sustancia. Combatan otros con cañones de gran calibre, emplacen baterías para abatir mosquitos y moscas. Nosotros nos contentamos con el matamoscas y la palmeta. Un golpe bien asestado con uno de estos instrumentos es a menudo más eficaz que toda una andanada de pasajes del *Corpus Iuris*. No sé quién fue el inglés que debió la salvación de su vida a la risa. Lo cierto es que ese hombre tenía un absceso interno que los médicos no podían extirpar ni con el bisturí ni con el cauterio. Pero ocurrió que un buen día se encontró a su perro de lanas, tranquilamente sentado frente a él, luciendo una larga peluca estilo siglo XVIII. Al ver esto, estalló en carcajadas y el absceso reventó. En nuestra jurisprudencia los abscesos internos no escasean. Hagamos pues la prueba con el perro y la peluca. Quizá los curaremos haciendo reír. Quien se haya reído una vez de una opinión malsana, quedará inmunizado para siempre contra ella. El diafragma es un elemento sumamente valioso del intelecto.

Reina consenso general en que la administración de nuestra justicia civil deja bastante que desear. Los teóricos, con Savigny a la cabeza, opinan que la raíz del mal está en que los prácticos saben demasiado poco de teoría; y estos últimos sostienen que la teoría no es lo suficientemente práctica. Los unos explican el malestar del estómago por la falta de medicinas, los otros, por el exceso de las mismas. Todos los días se le dan al paciente nuevas recetas en forma de librotes, que se acompañan siempre de la consoladora aseveración de que hasta ese momento la curación había andado descaminada, pero que ahora por fin se ha descubierto la vía de la salud. La historia del derecho, la exégesis, la filosofía del derecho, la economía política, las ciencias naturales, el padre de la Iglesia Clemente de Alejandría, Shakespeare. Porcia y el dux de *El mercader de Venecia* y quién sabe cuántas cosas más han de servirle para mejorar su digestión y constitución física. Pobre paciente, si has de aguardar a que tus médicos se pongan de acuerdo sobre lo que te aqueja y sobre cómo han de ayudarte, podrás morir en el trance. Continúa pues tranquilamente haciendo tus necesidades: impetrando, registrando, presentando, insinuando, decretando, publicando, perseverando, apelando y cuantos «andos» más pudiera haber. La colección de fallos de los tribunales superiores de Seuffert *(Seuffert'sches Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte)* es un fiel espejo de ti mismo y un guía de confianza. Podrá ser que en el mundo de los utopistas científicos seas execrado por guiarte más por esa colección que por ellos. A mi parecer, haces bien, porque desde el cielo no se puede indicar el camino; tu guía deberá bajar a tierra, y mientras la ciencia no se digne hacer esto, deberá reprocharse a sí misma el que tú no deposites confianza en su dirección. Sólo una objeción tengo que hacerle a la revista de Seuffert, y es por un defecto que trataré de obviar mediante una iniciativa nueva, que, por ser el autor de la idea, creo tener derecho a bautizar y llamaré en consecuencia el Antiseuffert.

Si se quiere señalar a alguien la senda de la virtud, no bastará con mostrarle los dechados de virtudes y perfecciones, sino también los de vicios y defectos. Seuffert sólo muestra los primeros y ¿cómo podría ser de otro modo si se limita a las resoluciones de los tribunales superiores? Faltan los ejemplos tremebundos, aquellos que asustan al hombre común cuando los ve. Tengo en gran estima a estos ejemplos, pues toda mi educación, que debo a mi abuelo, se basó en ellos. ¿De qué sirve, solía decir éste, que yo le inculque al muchacho templanza, mostrándole ejemplos magníficos de personas temperadas? Un ebrio, para no hablar de un borracho [3], le persuadirá mucho mejor del valor de esa virtud que cien personas sobrias. Nunca me empaché con ciruelas, y fue porque mi abuelo, cuyo ojo avizor estaba al constante acecho de malos ejemplos, me llevó un día a la cabecera de un rapaz que era presa de un serio cólico, acompañado de fuertes vómitos, por haber comido ciruelas en exceso. Volviendo a mi Antiseuffert, pregunto: ¿qué impresión habrá de causar si esos fallos que tengo en la mente fueran aprovechados para bien de la humanidad y especialmente para aleccionar a los juristas, colocándolos en la pública picota, como las lechuzas clavadas en la puerta o las monedas falsas que pueden verse sobre el mostrador de una casa de comercio? Formarían una galería de engendros jurídicos monstruosos, un gabinete jurídico-patológico. Imagináos que se contase también con un anatomista idóneo, que seccionara y preparara con verdadero celo esos magníficos ejemplares, le abriera el vientre al disparate y sacare a relucir de sus entrañas los infartos de una teoría no digerida. ¡Qué gran servicio se haría a la justicia! Una sentencia que fuera de ese modo preparada y conservada en nuestra colección patológico-jurídica para servir de triste ejemplo, a buen seguro que no se repetiría.

Admitid que me envidiáis por esta idea. Para templar vuestra envidia, os reconoceré un derecho a participar en la explotación. Vos seréis el editor del Antiseuffert, es decir, éste será de ahora en adelante parte integrante de vuestra revista. Os enviaré todo el material aprovechable que llegue a mis manos, y si mis colegas me dan el debido apoyo sería en verdad muy extraño que el Antiseuffert no se convirtiera en una sección permanente de vuestro periódico. Por la presente ruego pues encarecidamente a todos los que estén en condiciones de hacer esa clase de contribuciones, que las envíen por de pronto a la redacción de la revista. Queda pues convenido: desde este momento nos asociamos para publicar el Antiseuffert. «Pero ¿y el escándalo que esto provocará?» me preguntaréis, meneando la cabeza. Mi estimado patrocinador, se dice que desde que Pitágoras inmoló a los dioses un centenar de bueyes para celebrar el descubrimiento de su famoso teorema, todas las bestias del mundo tiemblan y braman cada vez que se anuncia un invento

[3] Cfr. la diferencia de matices de estos dos conceptos en WÄCHTER, *Sächs. Strafr.*, pág. 346.

o descubrimiento. ¿Y por qué no? Todo ser viviente clama cuando va a ser sacrificado. El posible clamor de nuestros colegas sólo sería una prueba de que mi Antiseuffert merece colocarse entre los descubrimientos más importantes de todos los siglos. Por lo demás, como lo que me interesa es el problema en sí y no las personas, estoy plenamente dispuesto a omitir la designación de los autos y del tribunal o a sustituir los nombres por otros ficticios. Si después de esto aún hubiera alguien que se sienta herido, le rogaré que medite que esta forma de crítica es extremadamente benigna comparada con la que se estilaba en Alemania en otros tiempos. En el antiguo proceso alemán, cuando ocurría una *improbatio iudicii,* el juez tenía que defender su sentencia con las armas. Si hoy todavía se usara esa forma de impugnación, nuestras calles estarían regadas de sangre. Fuera de los magistrados de los tribunales superiores y de las cortes de apelación, cuyas sentencias ni siquiera pueden impugnarse, ningún juez estaría ya seguro de su vida. Lo más notable es que de ese modo aumentarían las posibilidades para avanzar en la carrera. Comparada con esta matanza de los jueces ¿no es la crítica un juego de niños?

Con el Antiseuffert me he quitado de encima un peso que me ha agobiado por largo tiempo. Ahora puedo seguir sin tropiezos por el camino, por el cual retornaré de la práctica, que iré abandonando, a la consagración exclusiva a la teoría. El camino es largo, ciertamente, dilatadísimo, pero, gracias a Dios, no es aburrido. He tomado mis previsiones para que no lo sea.

¿Recordáis mi carta cuarta? Esta es la primera a la que he de remitirme, porque la quinta sólo fue una broma de carnaval, que no entra en el cómputo. En dicha carta os describí cómo me inicié en la práctica, siendo joven e ingenuo, con plena fe en la teoría, cómo esa fe fue conmovida hasta sus cimientos por las amargas experiencias que tuve cuando quise aplicar esa teoría, cómo tuvo que ceder a una concepción que resumí diciendo que era necesario haber perdido toda la fe en la teoría, para poder servirse de ella sin peligro. Comprenderéis que cuando hablo de «teoría» no me refiero a los escritos de prácticos experimentados ni tampoco a los de los teóricos de la filosofía del derecho, de la historia del derecho y otras disciplinas inocuas, sino a las obras de los que siendo teóricos puros escriben sobre el derecho práctico vigente. En mi opinión, debería prohibírseles de una vez, salvas contadas excepciones (ver *infra*), escribir sobre ese tema. Ya Justiniano comprendió qué consecuencias tendría el manejo de la pluma, por cuanto prohibió severamente que se escribiera cualquier comentario sobre sus codificaciones. El hermoso y sencillo edicto, decía, había sido tan deshilachado y despeluzado por los escritos que casi todo el derecho estaba hecho una maraña. A duras penas, él había logrado restablecer el orden; si ahora los comentaristas volvieran a precipitarse sobre esa codificación, se repetiría la historia. Por eso, quien osara hacerlo sería cas-

tigado como falsario y sus libros echados a las llamas. Pero ¿qué pueden el fuego y la espada contra la manía de escribir? De un jurista contemporáneo se cuenta que aun en cierto lugar destinado a otro tipo de necesidades, él no deja de satisfacer su necesidad imperiosa de escribir, como si tuviera que restablecer justamente en ese sitio tan trascendental el equilibrio entre el consumo y la producción —*dulce est desipere... in loco.* Al viejo profesor Glück, de Erlangen, le resultaba insufrible la idea de que sus alumnos tuvieran que arreglárselas con sus lecciones, dictados y pliegos sueltos impresos, y fue así como puso manos a la obra y los proveyó de un pequeño comentario de seis tomos sobre las Pandectas para que lo estudiaran en sus casas. ¡Qué alma inocente Cuando murió, había llegado a completar treinta y cuatro tomos, que versaban sobre algo más de la mitad de las Pandectas. Luego vino Mühlenbruch, que murió cuando estaba trabajando en el título: *si quis aliquem testari coegerit vel prohibuerit* (XXIX, 6), llegando a completar nueve tomos; más tarde Fein, quien exhaló su último suspiro al llegar al título XXIX 7, *de iure codicillorum,* dejándonos dos volúmenes. ¿Cuántas generaciones de juristas habrán de bajar a la tumba antes de que esa obra esté concluida? Y cuando lo esté ¿qué cuadro presentará el mundo? ¿Por qué será que ninguno de esos testarudos romanistas que tienen tanto apego a cada letra del *Corpus Iuris,* tuvo jamás la ocurrencia de declarar válida aquella disposición penal de Justiniano y denunciar al viejo Glück, a Savigny o a Puchta como falsarios? Pero ahí, de repente, el apego a la legalidad se acaba. Y es claro ¿quién se cortará los propios dedos? Pero no queda otro remedio; si queremos mejorar el estado de las cosas, deberemos arremeter contra la grafomanía. El mal, claro está, no podrá erradicarse por completo, pero al menos habrá que tomar medidas para encerrarlo dentro de confines razonables. Tras largas meditaciones me ha venido una idea que me permitiré exponeros.

Constatemos, ante todo, dónde está el foco de la dolencia. A mi entender, está en una tradicional regla de nuestras universidades alemanas, por la cual éstas sólo abren sus puertas a quien puede presentar una «producción literaria», o sea a quien ha hecho poner en letra de molde e imprimir algo escrito por él. El camino a la cátedra pasa por la imprenta. Nadie llega a profesor si no ha mediado un tipógrafo. ¿Quién será el docente libre que para obtener ese premio no se ponga a escribir hasta excoriarse los dedos? Si la primera obra no da el resultado deseado, se pondrá prestamente a escribir una segunda y una tercera y bombardeará las puertas de la universidad con ensayos, monografías, tratados, etc., hasta que terminen por abrírsele. Pero para hacer fuego sobre fortalezas no bastan cañones de seis libras; se requiere artillería pesada. Por eso, cuanto más grueso sea el libro, mayor será el impacto. Y así se explica la maldición que pesa sobre nuestra literatura, esa artificiosa y forzada desproporción entre contenido y volumen, por qué en torno a un pensamiento minúsculo, miserable y parco se erige

todo un colosal edificio. Y puede ocurrir que hasta ese pensamiento falte. Ahí van marchando en fila los retoños. Cada catálogo de feria, cada fascículo de cada revista jurídica trae una nueva andanada de su producción. Y cuando alguno de ellos ha tenido la suerte de que las puertas de la fortaleza se han abierto para darle paso, de inmediato pasa a ocupar su lugar otro que reabre el fuego. Y esto seguirá así hasta el día del Juicio Final, si nuestros gobiernos y la opinión pública no comprenden cabalmente el problema y toman las medidas que corresponden.

Pero, me diréis, ¿para qué prohibir a esas buenas gentes que hagan esos ejercicios físicos y mentales? En el fondo, es indiferente que se les exija que, para merecer las cátedras, escriban libros o hagan piruetas y acrobacias. Sus libros no muerden a nadie y cualquiera puede pasarse sin ellos. Quien los compre y los lea, sólo puede culparse a sí mismo por el eventual perjuicio que crea haber sufrido. Pero no, mi querido amigo, el problema se plantea en otros términos. Una mala mercancía puede arruinarle el mercado a la buena. Si Fulánez, Zutánez, Mengánez y Perengánez y todos los demás «ánez» habidos y por haber escriben sobre obligaciones correales, obligaciones naturales, obligaciones indivisibles, etc., exclusivamente desde el sublime punto de vista del «método científico puro», sin hacer ni la más mínima referencia a los casos y necesidades de la vida de hoy, terminarán por infundir a un pobre práctico tanto espanto y tanta desconfianza que por último, despechado, volverá la espalda a toda la literatura jurídica. ¿Por qué la industria alemana de lienzos ha perdido prácticamente sus mercados extranjeros? La respuesta es: porque hubo fabricantes inescrupulosos que mezclaron entre las fibras de lino otras de algodón. Pero de ese modo hicieron perder el mercado, no sólo a ellos mismos, sino también a los productores honrados.

Lo mismo ocurre con nuestra literatura jurídica. Los libros malos perjudican la venta de los buenos. ¿Quién compra libros hoy día?[4] Santo Dios, de mil juristas habrá uno que lo haga. Conozco libros jurídicos que son verdaderas maravillas de erudición, como por ejemplo la obra de Buchholz sobre los prelegados (700 páginas), de la cual se habrán vendido apenas unos cincuenta ejemplares, y estoy convencido de que hay muchas obras científicas de derecho de las cuales no se podrá conseguir un solo ejemplar en varios estados alemanes. Por mi parte, hace mucho que no compro ninguno. Tengo un tío viejo y excéntrico, cuya manía es comprar todo lo que se publica, y como él no lee los libros, y los usa solamente para decorar sus habitaciones —lo que, dicho sea de paso, es un lujo muy costoso, pues le sale cada vez por unos sesenta marcos—, yo me llevo de tanto en tanto el uno o el otro

[4] No me refiero a la teoría y casuística de HOLZSCHUHER, ni a otra cocina literaria de esa clase, ni tampoco a los compendios, sino a aquellas obras que en opinión de sus autores flotan en las regiones etéreas de la ciencia pura, las investigaciones que, como globos, suben a tal altura que pierden de vista el mundo.

de su biblioteca, porque los necesito para componer estas cartas jurídicas. En ese aspecto sí son un material muy rentable, del cual habréis de sacar aún mucho provecho. Pero, salvo poquísimas excepciones, la impresión es siempre la misma: quien lee mucho de estas birrias, termina con malestar de estómago. La culpa no es de las buenas gentes que escriben esos libros, sino de las circunstancias. Los libros sobre el derecho romano, que son los únicos de los cuales me ocupo en mis cartas, deben necesariamente ir empeorando de siglo en siglo. La amenaza de Justiniano: *volumina autem eorum omnimodo corrumpentur* (*Const. Tanta circa* § 21) pesa como una maldición sobre nuestra literatura jurídica. Oíd mis pruebas.

No sé si vos, allá a orillas del Spree, habréis tenido alguna vez oportunidad de prensar uva en un lagar. De cualquier manera, no me negaréis que si nosotros dos tuviéramos que prensar, uno después del otro, una misma carga de uva, el primero que lo haga obtendrá mayor cantidad de zumo, el segundo menos y con más dificultad, y que si siguieran luego otras personas más, llegará el momento en que ya no se pueda extraer una sola gota, ni siquiera con una prensa hidráulica. La analogía con el derecho romano es palmaria. Desde hace siete u ocho siglos, millares de juristas, por no decir millones, se empeñan en exprimirlo. Hubo épocas en que el mosto salía a borbollones, y para recogerlo se usaban las cubas y toneles más grandes (léase: infolios). Tales eran, por ejemplo, los tiempos de Cuyacio y de Donello. ¡En aquel entonces sí que daba placer pisar uva! Solamente sobre la teoría del *ususfructus,* Galvano escribió un infolio tan voluminoso que un golpe asestado con él habría matado a un buey. Vino luego la época de los tomos en cuarto. El flujo del mosto era ya menos espeso y su sabor más amargo. Pero ahora que hemos llegado al período de los tomos en octavo —la decadencia de la jurisprudencia no ha llegado aún a los tomos en dozavo y dieciseisavo [5]— ¿qué puede quedar? Tomemos una parábola. Cuan-

[5] Cuando estaba para despachar esta carta, vino a mi poder un *Taschenbuch des gemeinen Civilrechts* («Libro de bolsillo del derecho civil común») escrito por el doctor A. Hesse, consejero de justicia y juez, Jena, Fr. Mauke, 1867. Este libro parece marcar en la literatura del derecho civil común una transición de los libros en octavo a los libros en doceavo. En el prólogo, el autor justifica expresamente el tamaño del libro. «No faltan buenos libros de texto, pero lo que hasta ahora nunca hemos tenido ha sido un vademécum, que el jurista, y especialmente los estudiantes, pudieran llevar consigo en sus viajes, en sus vacaciones, en las sesiones de tribunales, en las reuniones de clubes, etc., es decir un libro cómodo, manuable y práctico.» La idea es verdaderamente feliz y original: el derecho romano podría publicarse en forma de almanaque de bolsillo, de modo que pudiera confundírselo con «Cornelia, almanaque de bolsillo para la mujer» o «Iduma, almanaque de bolsillo para la adolescente». Sólo faltaría que en el título se le grabara en cobre el retrato de Justiniano o de Triboniano, o se le agregaran, como añadidos artísticos «Escenas de la vida de la emperatriz Teodora» (la Lola Rasmussen de la Antigüedad), «la bona fides y la mala fides, dos perfiles femeninos» o el «Decretum Divi Marci, con música, con acompañamiento obligatorio de trompeta», etc. Ya veo a un joven de rubios rizos, sentado en el Wengernalp, sumido

do los fabricantes de Asmannshausen e Ingelheim han exprimido la uva lo bastante para hacer su champán, los productores de vino echan agua sobre el orujo y vuelven a exprimirlo. Se le añade algo de alcohol y azúcar y así salen los vinos tintos de Asmannshausen y Oberingelheim. Agua, alcohol y azúcar, esos tres ingredientes nos ofrecen hoy una única esperanza de obtener del estrujado derecho romano un vino que se pueda beber. Pero siempre será un producto artificial «que ni invitará al canto ni pondrá alegre a nadie». La proporción en la cual se añaden esos distintos ingredientes varía según el gusto de cada uno. En la mayoría de ellos, predomina decididamente el agua. Hubo quien intentó agregar exclusivamente alcohol, pero, sin que se diera cuenta, le entró también agua en abundancia. Si queréis tomaros alguna vez el trabajo de analizar en cuanto a estos ingredientes el contenido de las modernas producciones jurídicas, no os resultará difícil clasificar correctamente la mayoría de ellas. Quizá yo intente hacerlo en una de mis próximas cartas.

Repito expresamente: los culpables de esto no son los autores, sino las circunstancias. Está resuelto que tienen que escribir. No les es lícito reproducir las opiniones ya existentes, pues eso no tendría «mérito científico». Si los predecesores ya han levantado toda la cosecha ¿qué más pueden hacer sino recoger las malezas? Si se han agotado todas las opiniones razonables que pueden formularse sobre un tema, ¿quién le podrá tomar a mal a un pobre autor, forzado a presentar una idea nueva, si echa mano de una absurda? Estos días llegaron a mis manos varios trabajos de un tal Dr. Asher, profesor libre en Heidelberg, todos ellos aportes inestimables que aprovecharé, entre otros, en una de mis próximas cartas. Pero pregunto: ¿qué culpa tiene ese hombre, que por cierto ha logrado algo insólito, si Cuyacio vivió tres siglos antes que él y se le ha llevado la flor y nata de lo que se podía decir? Si él hubiera nacido en la época de Cuyacio y Cuyacio en nuestro siglo, es posible que él hubiera sido un Cuyacio y Cuyacio un Dr. Asher. La cuestión es quién pone primero manos a la obra en el lagar. Es muy fácil decir: cuando no puede sacarse ya ninguna opinión razonable, lo mejor es adoptar una de las ya expuestas. Vos no comprendéis esto. Es preferible ser dueño exclusivo de una opinión absurda, que tener una idea razonable

---

en la lectura de un librito. Me acerco a él. «Perdón, ese libro que estás leyendo, ¿es *Romero en pos de su novia* o *Juanita y los polluelos?*» —«No, señor, es el Derecho Civil común, de Hesse, en edición de bolsillo; nunca salgo sin él.»— En el viaje de regreso paso por la taberna de Bock en Munich. Allí la escena se repite con un viejo de barba canosa. En una mano tiene un vaso de cerveza, y en la otra un rábano y el libro de Hesse. Si el libro, como se dice, llegare a ser muy solicitado en círculos estudiantiles, sugeriría que en la próxima edición se le incorporen algunas piezas del cancionero estudiantil. Serían muy apropiadas algunas canciones jurídicas, como por ejemplo «Allá en un profundo valle, hay una servidumbre» o «Albricias, albricias, llegaron los herederos», etc. A un librero industrioso le aconsejaría hacer imprimir naipes jurídicos que lleven definiciones o pasajes del título de *regulis iuris*.

en comunidad con otros. Pasa como con las mujeres. ¿Quién no preferirá tener una mujer fea para sí solo, a compartir con otros una mujer hermosa? Otro parangón son los hijos. ¿Quién no preferirá los propios, por tontos que sean, a los ajenos? ¿Quién querrá hijos adoptivos mientras abrigue la esperanza de que le nazcan hijos carnales? En suma, las opiniones tiene que elaborarlas uno mismo si se quiere ser autor; de lo contrario, renúnciese a serlo. ¿Es satisfactoria mi prueba? ¿No es verdad que la literatura sobre el derecho romano tiene que tornarse necesariamente cada vez más yerma, vacua y fastidiosa, y las opiniones cada vez más insanas, innaturales y torcidas? ¿Queréis que esto que he deducido *a priori* os lo demuestre también *a posteriori*? Muy bien, lo haré en la próxima carta. Os presentaré un florilegio del disparate jurídico que os hará reír a mandíbula batiente. ¿Creéis que en esto no hay motivo de risa, sino que revela algo muy grave? Sí, de acuerdo. Todo dependerá de lo que se piense sobre el futuro del derecho romano en Alemania. Quien desee que la validez de su estudio toque pronto a su fin, no podrá sino alegrarse al comprobar este agotamiento, indicio seguro de que ese fin está próximo; el derecho romano padece de senilidad y está muriendo de *marasmus senilis* y de tedio. Mas quien desea que aún tenga una vida larga, deberá apresurarse en buscar un remedio contra su mal. Y es a propósito de esto que he de volver sobre una idea que vengo acariciando. Los folletistas más peligrosos son, como ya dije, los docentes libres de Alemania, que, sin haber tenido que tratar nunca un caso práctico, se ponen a escribir con todo desparpajo sobre los temas más intrincados, que podrían poner en apuros al más experto de los profesionales. Para los profanos todo resulta muy sencillo y muy claro. Tomemos a alguien que no vea más allá del *Corpus Iuris* y tenga la suficiente autoconfianza y vanidad. No le costará mucho anatematizar la evolución que nuestra práctica, apreciando correctamente que el cambio de las circunstancias y las necesidades del tráfico de nuestros días, ha impreso a un pensamiento romano. La calificará de aberrante fruto de ignorancia de las fuentes y de interpretación defectuosa. Mirará con desdeñosa sonrisa al venerable presidente del más alto tribunal, encanecido en la escuela de la vida. Esa clase de gente me causa la misma impresión que un filólogo que, tomando a Aristóteles y a Plinio, pretendiera dar lecciones de ciencias naturales a Cuvier o a Liebig.

En mi opinión, hay un medio sencillísimo para impedir que los docentes libres continúen causando estropicios en el campo literario. Es sabido que en Roma, desde la época de Augusto, era norma que para adquirir algo por testamento había que demostrar que se tenía un número determinado de hijos: los *liberi* eran la condición para la *capacitas*. Cuando el emperador quería favorecer a alguna persona, la dispensaba de aportar esa prueba otorgándole el *ius liberorum*: los hijos se fingían, o bien se prescindía del requisito. De ese modo, hasta la Diana de Efeso, de la cual, por ser la diosa de la castidad, ese requisito no podía exigirse, llegó a poseer *capacitas*. Lo

que en Roma era la fecundidad física, es entre nosotros la fecundidad del espíritu. Allí se decía: «no hay herencia *sine liberi*»; aquí: «no hay cátedra *sine libri*». Estimo que ese principio es en extremo desafortunado y creo que la «capacidad» de un docente debe juzgarse más por sus aptitudes didácticas que por lo que pueda haber escrito. Si las universidades no quieren prescindir de ese requisito, será bueno que por lo menos eviten que se torne dañoso para la jurisprudencia. Esto lo lograrán aplicando el *ius liberorum* romano por analogía a los docentes libres. Tan pronto como éstos se dispongan a presentar al público una obra, deberán otorgarles un *ius librorum*, esto es, los convertirán en profesores como si hubieran hecho imprimir los libros exigidos. Y ya ha habido universidades que no han sido tan estrictas en este punto, sino que han sido tan indulgentes como lo fueron los romanos en el juzgamiento de los *liberi*, que está fundamentado en la L. 135 de V.S. (50.16) en una forma tan humanamente bella y tan aplicable a nuestro caso que no puedo refrenar el deseo de reproducir aquí íntegramente el pasaje:

«L. 135 de V.S. (50.6): Quaeret aliquia, si portentosum vel monstruosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius magis animalis quam hominis partum; an, quia enixa est, prodesse ei debeat? Et magis est, ut haec quoque parentibus prosint, *nec enim est, quod iis imputetur, qui qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt,* neque id, quod fataliter accesit, matri damnum iniungere debet.»

Lo que, traducido libremente y aplicado a nuestro caso, viene a ser: ¿qué culpa tienen los docentes libres que han acatado los estatutos universitarios *(statutis obtemperaverunt)*, bien o mal, como pudieron *(qualiter potuerunt)*, si fatalmente *(quod fataliter accesit)* el libro no resulta una producción literaria normal *(non humanae figurae)* sino más bien un aborto literario *(portentosum vel monstruosum)* o muestra huellas de debilidad mental *(vel debilem partum ediderint)*? Hay algo que han dado a luz y eso es suficiente *(quod enixi sunt, prodesse eis debet)*. El *ius librorum* y la cátedra se conferirían naturalmente sólo con el compromiso de no publicar el libro presentado, o, por lo menos, de no publicarlo por un lapso prolongado, que podría ser de los clásicos nueve años *(nonum prematur in annum)*. Lo más seguro sería dárselo en custodia a la Facultad de Derecho. Transcurridos los nueve años y tras haber ganado la cátedra, el autor difícilmente insistirá en que la obra se publique y es muy posible que incluso dé gracias a Dios por el hecho de que un sabio gobierno paternalista le haya impedido obrar precipitadamente. ¿Qué pasaría con nuestra literatura si esa institución del depósito de nueve años de los manuscritos fuera elevada a la categoría de norma general? Creo que causaría una revolución más grande que el fusil de aguja. Cuántos libros dejarían de escribirse, cuántos otros, aunque escritos, no pasarían a la imprenta, y cuántos, aunque terminaran por ser impresos, se verían igualmente beneficiados. Es esta una idea que me inspira cierto orgullo y que es una digna pareja del Antiseuffert; mi propósito es

que un amigo mío presente esta propuesta al Parlamento alemán. Si la policía prohíbe que se venda cerveza agria y fruta inmadura ¿por qué no también los libros inmaduros? Si los gobiernos alemanes no aceptaren mi propuesta de que se confiera el *ius librorum,* debido a la oposición que harán previsiblemente a ese proyecto las universidades, no quedará más remedio que nosotros, los juristas, nos hagamos cargo del asunto. Propongo que a tal fin se haga una colecta nacional, para comprar con el producto todos los manuscritos terminados de los docentes libres de derecho, o mejor dicho, que se nos permita su secuestro para tenerlos bajo clausura durante esos nueve años. Además de los juristas deberían intervenir los editores. Desde ahora cuento con la activa participación de vosotros, que sabréis seguramente qué será mejor negocio, si seguir como hasta ahora, o seguir mi proyecto.

Con esto habríamos terminado con los docentes libres. Pasemos a los profesores titulares. Ya he dicho que a éstos los considero mucho menos peligrosos. Ya se encuentran en posesión de aquello que el docente libre quiere ganarse mediante un penoso escribir: la cátedra. Les falta pues, ese móvil. Luego, las clases y los actos administrativos ocupan una buena parte de su tiempo; las vacaciones las necesitan para recobrar energías. No les quedará entonces mucho tiempo para escribir libros, a diferencia de muchos docentes libres que tienen vacaciones durante todo el año. Lo único que quizá habría que hacer sería acortarles las vacaciones para abreviar el tiempo sobrante que pudieren aprovechar para escribir. Y por último, lo más importante: cuanto más se aprende, más se advierte que no toda idea es idónea para ser publicada. Una cigüeña joven que asoma por primera vez del nido con su pico, se encontrará frente a un mundo totalmente nuevo y así hará los descubrimientos más maravillosos: un montón de estiércol será para ella una montaña; un charco de agua, un lago, etc. Pero una cigüeña vieja, veterana de largos viajes, podrá recorrer largos trechos antes de toparse con algo que llame su atención. Así también podrá concederse a los profesores el derecho a escribir sobre cuestiones dogmáticas con ciertas restricciones y cautelas. El derecho romano nos da también aquí un punto de referencia: el *ius respondendi,* surgido al mismo tiempo que el *ius liberorum.* A los juristas más destacados, el Estado les daba, en la época imperial, la autorización para otorgar *responsa iuris.* Propongo que, siguiendo ese ejemplo, se confiera a nuestros teóricos más conspicuos el *ius scribendi.* A aquellos cuya aptitud fuere dudosa, podría concedérseles esa facultad sujeta a revocación, como se estila en Alemania Meridional con los cargos públicos. De ese modo tendrían la oportunidad de validar esa autorización: si pasan la prueba, conviértase la autorización en definitiva; si no la pasan, que le sea retirada por completo. Inicialmente tuve el propósito de agregar propuestas personales, pero al esbozarlas tropecé con tantas dudas que he renunciado a hacerlo y me limito a presentaros a vos y a los lectores de vuestra

revista la siguiente lista de romanistas vivientes para su uso personal (y para los graduandos, para su examen, en versos mnemotécnicos)

Muchos juristas hay cuyo apellido termina en «er»
Wächter, Bekker y Muther,
Römer, Neuner, Samhaber,
Schirmer y también Schlesinger,
Pagenstecher, Regelsberger,
y también Unger y Müller.
Nota que son cuatro los que terminan en «ing»
Böcking, Fitting, Stintzing, Jhering,
y, para quien guste, Vering.
Pocos son los que terminan en «o»
sólo tenemos a Sanio
pues Vangerow se escribe de otro modo.
Hay tres que terminan en «ell»
son ellos Büchell, Wetzell y Sell.
Rudorff, Kuntze, Fritz
van a la cabeza,
y Dernburg, Köppen, Witte
al medio.
Ribbentropp, Windscheid, Francke
me escriben dándome las gracias.
Son dos, recuerda, los que concluyen en «eist»,
y son Gneist y Leist.
De una sola sílaba se componen
los de Arndts, Bruns, Brinz y Scheurl,
a los que hay que agregar a Schmidt y a Danz.
Así tenéis a todos los juristas.
Quien aquí no quepa
adopte otro apellido.

Si queréis agregar algunos versos más, os doy autorización para hacerlo. Las nuevas generaciones cuidan de que siempre surjan nombres nuevos. En mi próxima carta seguirá el prometido florilegio de nueva literatura romanística.

Parte II
Charlas de un romanista

LA JUSTICIA, DIKÉ, GOLPEA A LA INJUSTICIA, ADIKÉ

Escena de una ánfora helénica, probablemente del siglo VI a. C., época de Píndaro y de Esquilo. Anterior a los sofistas, que desarrollaron la Dialéctica o Arte de la Prueba, y más de un siglo anterior a *Las Leyes* de Platón.

Carta a la dirección,
a manera de «introducción»[1]

Hace poco me recordasteis una promesa que os hice años atrás, poco antes de partir de Viena, en una de aquellas reuniones celebradas por la Sociedad Jurídica en el «Pato de Oro», con las cuales restablecía de una manera tan feliz el equilibrio entre sus programas científicos y las necesidades sociales. Sí, en aquel entonces yo os había prometido una contribución a vuestras *Juristische Blätter*[2]. No sé cuántas cosas más os habría prometido aquella noche, dado mi alegre estado de ánimo, sabiéndome libre del peso agobiante de la jurisprudencia. Las personas que prometen fácilmente tienen también, por regla general, la dichosa cualidad de olvidar con rapidez sus promesas. De ese modo, la naturaleza salva la desproporción existente entre su generosidad bonachona y su capacidad de rendimiento. También aquella promesa mía se me había olvidado completamente cuando me cayó encima vuestra admonición. Veo así resurgir las ánimas de horas olvidadas hace ya mucho, que me presentan al cobro una letra que había firmado en un momento de buen humor. Pues bien, pagaré esa letra.

Pero deberéis permitirme que la pague en el lugar y en las circunstancias en los cuales la promesa fue hecha. La hice en el «Pato de Oro» y es allí donde habré de cumplirla: me haré cuenta que estoy sentado en dicho local, tomando una copa de vino y conversando con vosotros sobre temas jurídicos. Dicho en otras palabras, será una plática informal, que podréis, si la estimáis apropiada, publicar en las *Juristische Blätter.*

El título que doy a estas contribuciones: *Charlas de un romanista,* es un título, a mi saber, sin precedente alguno. Me siento un poquitín orgulloso

[1] *Juristische Blätter,* dirigidas por Max Burian y Lothar Johanny, año IX, Viena, 1880, n. 10.

[2] El plan era continuar mis «Cartas de un autor anónimo», de las cuales se había sabido, en el ínterin, que procedían de mi pluma.

LA JUSTICIA, DIKÉ, GOLPEA A LA INJUSTICIA, ADIKÉ

Escena de una ánfora helénica, probablemente del siglo VI a. C., época de Píndaro y de Esquilo. Anterior a los sofistas, que desarrollaron la Dialéctica o Arte de la Prueba, y más de un siglo anterior a *Las Leyes* de Platón.

Carta a la dirección,
a manera de «introducción»[1]

Hace poco me recordasteis una promesa que os hice años atrás, poco antes de partir de Viena, en una de aquellas reuniones celebradas por la Sociedad Jurídica en el «Pato de Oro», con las cuales restablecía de una manera tan feliz el equilibrio entre sus programas científicos y las necesidades sociales. Sí, en aquel entonces yo os había prometido una contribución a vuestras *Juristische Blätter*[2]. No sé cuántas cosas más os habría prometido aquella noche, dado mi alegre estado de ánimo, sabiéndome libre del peso agobiante de la jurisprudencia. Las personas que prometen fácilmente tienen también, por regla general, la dichosa cualidad de olvidar con rapidez sus promesas. De ese modo, la naturaleza salva la desproporción existente entre su generosidad bonachona y su capacidad de rendimiento. También aquella promesa mía se me había olvidado completamente cuando me cayó encima vuestra admonición. Veo así resurgir las ánimas de horas olvidadas hace ya mucho, que me presentan al cobro una letra que había firmado en un momento de buen humor. Pues bien, pagaré esa letra.

Pero deberéis permitirme que la pague en el lugar y en las circunstancias en los cuales la promesa fue hecha. La hice en el «Pato de Oro» y es allí donde habré de cumplirla: me haré cuenta que estoy sentado en dicho local, tomando una copa de vino y conversando con vosotros sobre temas jurídicos. Dicho en otras palabras, será una plática informal, que podréis, si la estimáis apropiada, publicar en las *Juristische Blätter.*

El título que doy a estas contribuciones: *Charlas de un romanista,* es un título, a mi saber, sin precedente alguno. Me siento un poquitín orgulloso

[1] *Juristische Blätter,* dirigidas por Max Burian y Lothar Johanny, año IX, Viena, 1880, n. 10.

[2] El plan era continuar mis «Cartas de un autor anónimo», de las cuales se había sabido, en el ínterin, que procedían de mi pluma.

de haber presentado así al mundo una nueva forma literaria para los temas jurídicos. Es el folletín trasplantado al campo del derecho. La denominación me permitirá, además, conservar, tanto desde el punto de vista formal como material, la soltura y sencillez de una conversación oral. Quiero hacer una charla, y cada cual sabrá si quiere o no escucharla.

Sabéis ahora que estas charlas no pretenden pasar a la literatura. Habrán cumplido su finalidad si logran dar a los lectores un entretenimiento pasajero o si los alientan a discurrir por su cuenta. No tienen vocación para ser citadas por profesores alemanes. Nacerán y morirán casi a un tiempo, tanto para mí, que pienso verterlas rápidamente sobre papel, como para el lector, que podrá olvidarlas no bien las haya leído.

Este es pues el pacto que concluyo con vos y vuestros lectores. Quiero tener permiso para charlar a mi antojo y sin prepararme. Todos estos asuntos tan serios de los cuales me he ocupado en los últimos años y la atmósfera que pesa sobre nuestra digna Georgia Augusta *, me han tornado tan grave, que siento la necesidad de recrearme radicalmente, de reír y bromear. Si no hubiera dado ya a nuestras pláticas aquel otro hombre, os recomendaría llamarlas «huevecillos jurídicos», visto que, conforme a nuestro pacto, habrán de tener lugar en el «Pato de Oro». Si esos huevecillos fueran de oro, me los guardaría para mí. Mas como no lo hago, ya sabéis qué opinión debéis tener de ellos. Y si ocurriere que de ellos nacieran «pajarotas jurídicas», una variedad, a mi saber, hasta ahora desconocida, no habréis de asombraros.

Tengo una gran provisión de esos huevecillos. Creo que podría entregarlos por docenas. Por el momento todavía están desparramados sin orden o, mejor dicho, todavía no están disponibles, porque aún no los he puesto. Pero en mi cabeza llevo un nido repleto de ellos.

Es asombroso cómo una persona que durante toda su vida ha dictado conferencias sistemáticas, siente por último la necesidad irreprimible de sistematizar y clasificarlo todo. Así pues, debo clasificar hasta esos huevos que todavía no he puesto. Vos sabéis que un romanista se compone propiamente de dos mitades: es mitad dogmático y mitad historiador del derecho, y si lo que un hombre es se extiende a sus obras, también los productos del romanista presentarán esa doble fisonomía. Por esa razón, deberéis disponer para mis futuras producciones dos compartimientos: un compartimiento dogmático y otro de historia del derecho.

¿Un compartimiento para la historia del derecho? me preguntaréis con extrañeza. Sé lo que queréis decirme. Los lectores de las *Juristische Blätter* son en su mayoría prácticos del derecho austríaco. Entonces ¿para qué ha de servirles la historia del derecho romano?

No obstante, probaré fortuna. Se me ha metido en la cabeza la idea de poner la historia del derecho romano en boga entre los lectores de vuestra

* Nombre de la universidad de Gotinga. *(N. del T.)*

revista. Y no pienso hacerlo por medios artificiales, con los cuales, como se sabe, se puede dar sabor a los bocados más insípidos. Un buen cocinero francés, para dar prueba de su maestría, debe saber preparar y adobar un trozo de cuero de tal modo que, servido a una persona no entendida, ésta crea no haber saboreado en su vida nada más exquisito. Una de las máximas autoridades en materia de salsas dijo una vez de una de ellas, irresistiblemente sabrosa: *Avec une telle sauce on mangerait son père.* No dudo que un hombre dotado de la suficiente gracia y sentido de humor sería capaz de hacer otro tanto con un tema jurídico. Hay quienes eligen cualquier tipo de cuero. Quizá ya haya nacido, incluso, el hombre que algún día nos ofrezca una *Elegía sobre el non usus* o *Escenas de la vida del diligens paterfamilias.*

La historia del derecho romano no ha menester de esos atractivos artificiosos. Puede prescindir de las salsas, porque lo que importa es que se la trate como se debe. Para ese fin, yo tengo mi método propio, que difiere de los métodos en boga. Pero es un método que ha probado su bondad. Hasta ahora, lo he conservado como un secreto. Creo que ha llegado el momento de darlo a publicidad para provecho de otros.

Para aplicarlo hace falta sobre todo un buen cigarro, fino, ni muy liviano, ni muy fuerte, y un sofá o canapé. Una vez hartado de material histórico de derecho positivo, cierro la puerta para que nadie me moleste, encendo el cigarro y me tiendo en el sofá. He hallado que es posición cómoda colocar los pies en alto, pero eso depende del gusto de cada uno. A continuación, juntando toda la fuerza de mi voluntad, concentro mi pensar en la Antigüedad, olvidándome a mí mismo y todo lo que me rodea. Dando vuelo a la imaginación, pienso que yo mismo he vivido en aquella época, que fui una vez un romano que, por un capricho de la naturaleza, y por vía de la metempsicosis, resurgió cierto día en la persona de un docente libre o de un catedrático de derecho romano en alguna universidad del siglo XIX. Lo poco que me han enseñado sobre aquella época los libros no es más que un saldo de los recuerdos propios, recuerdos que ahora debo revivificar mediante un enérgico esfuerzo. Ya la filosofía griega, en su teoría de la migración de las almas, estimaba que esto era posible. Si se ha estado un buen rato así, soñando con los ojos abiertos, el recuerdo de esa época resurge efectivamente. Desde el fondo del alma (de la región del «inconsciente») va subiendo y perfilándose su cuadro, que se refleja en las bocanadas de humo del cigarro. Uno puede verse a sí mismo deambulando por las calles de la antigua Roma y ejecutando todos aquellos bellos actos de la historia jurídica romana: una *mancipatio,* una *in iure cessio,* un matrimonio *cum manu,* una *in ius vocatio,* etc. Es realmente increíble lo que se puede aprender fumando un solo cigarro. Pero para ello es menester saber fumar y hay quienes no saben hacerlo, y quienes no lo saben, tampoco alcanzan a ver nada, aunque prendan un cigarro y se echen sobre el sofá. Podrán producir

bocanadas colosales, más grandes que muchos otros, pero no llega a formárseles ninguna imagen. Por eso luego salen diciendo que lo que es imposible para ellos es también imposible para otros, y que, si alguien afirma haber visto algo, ¡sólo podría tratarse de fantasías causadas por un sopor tabacal! Donde se acaban las fuentes, dicen, termina también la ciencia. Yo por mi parte sostengo que es allí donde la ciencia comienza y sigo fiel a mis cigarros.

De éstos tengo todavía una provisión considerable. De cuando en cuando me prenderé uno y luego os informaré sobre lo que he visto. A esos informes les daré el título de *Cuadros de la historia del derecho romano.* Es un título bonito, lo que por sí solo ya tiene valor, sobre todo cuando se trata de una materia de tan dudoso atractivo. No veo por qué nosotros, los científicos, hemos de dejar todos los títulos ingeniosos a los literatos, que, a lo mejor, no tienen otra cosa nueva y picante que ofrecer en sus obras. Un instinto afortunado me ha permitido reconocecr ya tempranamente el valor de un buen título, y ello ha servido no poco a la difusión de mis obras. Imagináos si mi *Espíritu del derecho romano* se hubiese intitulado *Sobre el carácter y el significado,* etc., o *Ensayo disquisitivo de los rasgos característicos,* etc., o si *La lucha por el derecho* hubiere llevado el título: *Sobre la obligación de las personas privadas de hacer valer su derecho dadas ciertas circunstancias,* etc. ¿Quién habría recordado un título así? Un título debe ser como una voz de mando militar: breve, preciso, determinado y categórico. Debe ser una voz de mando literaria que se lanza a todo el mundo.

Ya hemos encontrado pues el nombre de la criatura por nacer. Ahora falta sólo un detalle: la criatura misma. Estoy ansioso por saber cómo será de aspecto. Me hago las preguntas que se hace una madre antes del parto: ¿será varón o hembra? ¿Será hermoso, sano, fuerte? ¿Feo, debilucho? ¿Un monstruo? Salga como salga, no da para mucho, ya que su vida, conforme a lo planeado, habrá de ser efímera.

Estampas de la historia del derecho romano

Elegía romanística

Estampa I
El derecho de ocupación de las cosas sin dueño, antes y ahora[1]

Tengo la desdichada costumbre de compararlo todo, lo propio con lo ajeno, lo de ayer con lo de hoy. Y digo desdichada porque el resultado que arrojan mis comparaciones no es siempre grato. Sería mejor que, en vez de meditar tanto, gozara cándidamente de lo que la vida me depara. Mi sed comparatista no se limita tampoco a lo que me atañe personalmente sino que se extiende a todo lo que se me pone a tiro; nada está seguro en mí. Mi fuente más rica es por supuesto mi especialidad. Apenas si hay algún objeto que asome allí a la superficie y que yo no compare en seguida con otros. Así, he comparado el derecho romano antiguo con el derecho romano nuevo, buscando poner en claro para mí y para otros, qué diferencias hay entre ellos. Con esa finalidad escribí el *Espíritu del derecho romano.* Así también he comparado el derecho romano con el nuestro, análisis que me llevó igualmente a la conclusión de que en más de un aspecto el presente no puede medirse por el pasado. Para entablar una demanda de indemnización de daños, por ejemplo, habría preferido un juez romano a uno de hogaño. Lo dicho vale especialmente para el punto que he elegido como objeto de la presente elegía: el derecho de ocupación de las cosas que carecen de dueño.

Si sois un observador atento de la evolución histórica del derecho habréis llegado, como yo, al triste convencimiento de que en materia de adquisicio-

[1] *Juristische Blätter,* 1880, n. 11.

nes a título gratuito, las cuales, como afirman los psicólogos, tienen para los humanos un encanto seductor muy especial, hemos sufrido un lamentable retroceso con relación a los romanos. ¡Cuán ricos eran éstos en ese aspecto, cuán larga la lista de las cosas sin dueño, cuán amplio el campo de juego que tenía en su derecho la ocupación! Los animales salvajes de toda clase: aves, peces, cuadrúpedos o, como dicen nuestras fuentes [2]: los animales que nacen en las aguas, en el cielo y en la tierra *(in coelo... nascuntur)*, podían ser cazados sin restricciones. La naturaleza misma ha dispuesto que así sea; así está escrito en el derecho natural, congénito del hombre [3]. En aquel entonces sí que daba placer ser cazador, trampero o pescador. También el ámbar, las perlas y las piedras preciosas eran del que los encontraba. Se podía llegar a millonario sin poner un céntimo de capital. Nadie se preocupaba tampoco por las fresas, frambuesas, zazarmoras y demás bayas silvestres, ni tampoco por las setas; en Prusia, últimamente, todas esas cosas han sido objeto de regulación legislativa. Incluso los tesoros, hacia los cuales hoy en muchos Estados el Fisco tiende ávidamente sus huesudas manos, para quitárselos al feliz (mejor dicho: «infeliz») descubridor, se repartían en aquella época entre éste y el propietario del fundo.

¡Pero veamos ahora qué pasaba con el soldado y el concepto de la *occupatio bellica* El enemigo no tenía ningún derecho, todo lo que llevaba consigo pertenecía al bravo soldado que se lo quitaba; todo dependía de que éste lo consiguiera. Al escribir esta palabra alemana *kriegen* (conseguir), se me ocurre algo completamente novedoso, de sorprendente profundidad lingüística. Recordaréis que para los antiguos romanos, como lo atestigua un texto de Gayo [4], la captura de bienes tomados al enemigo (que hoy llamamos «anexión») era la mejor manera de adquirir la propiedad. Yo siempre pensé que se trataba de una concepción peculiar romana, pero ahora, el hecho casual de que escribiera la palabra *kriegen* en conexión con la *occupatio bellica,* me hizo descubrir que nuestros antepasados pensaban sobre este punto igual que los antiguos romanos. Se trata sin duda de una concepción primigenia de los pueblos indoeuropeos. «*Kriegen*» en el sentido de *capere, nancisci,* está emparentado etimológicamente con *Krieg, bellum* (guerra). Su significado primitivo es, pues: adquirir guerreando *(bello capere).* Es lo mismo que la *occupation bellica* romana, pero en una sola palabra. Las formas de la guerra se han ido refinando con el correr de los siglos. El campo abierto ha cedido a los locales cerrados: las bolsas, los locales de negocios, las tiendas, etc.; la pesada e imponente espada de nuestros antepasados ha sido sustituida por la pluma. Por último, se ha ampliado también el concepto de «enemigo»: enemigo es todo aquel que tiene algo y del cual

[2] Para los lectores que quieran controlarme, indicaré en las notas de dónde están tomadas las citas. El pasaje referido es § 12 *J. de R. D.* (2.1).

[3] § 11 J. *ibid.*

[4] GAYO, IV, 16 *maxime enim usa esse credebant, qua ex hostibus cepissent.*

se puede «conseguir» algo. Tal es la forma de nuestro derecho de guerra moderno.

Esta extensión analógica del concepto de «enemigo» me trae al recuerdo un caso semejante, que se relaciona precisamente con Austria y del que me enteré durante mi permanencia en Viena. Existe en vuestro país una fundación de socorro a los inválidos de las guerras con los turcos, establecida por un viejo hombre de armas que peleó a las órdenes del príncipe Eugenio. Ese buen señor había partido del supuesto de que tales guerras eran para Austria una calamidad normal, que se repetiría periódicamente, igual que el granizo, las inundaciones o las malas cosechas. En su época, tal suposición estaba perfectamente justificada. En el ínterin, las guerras con los turcos han perdido, como diría yo en mi lenguaje de pandectista, su interés dogmático. No se necesita ser profeta para saber que las guerras entre austríacos y turcos han pasado para siempre a la historia. ¿Cuál será ahora el destino de esa fundación? ¿Habrá de perdurar por todos los siglos, acumulando intereses, pero sin beneficiar jamás a persona alguna? Para un romanista, esa cuestión no presenta problemas. El derecho romano le proporciona el medio idóneo para mantener viable esa fundación, es decir, para adaptarla al tiempo, y ese medio es la ficción. A falta de turcos auténticos, nos valdremos de turcos ficticios. Por ejemplo, podría dictarse una ley que declare turcos a los rusos. O, si esto no fuere aconsejable, se podrían autorizar al gobierno para que en caso de guerra declare «turcos» a los enemigos de turno. De ese modo, «turco» pasaría a ser un concepto jurídico que quizá perduraría en el derecho cuando los turcos genuinos hayan desaparecido ya hace mucho de Europa o aun del mundo. Un romanista se sentiría muy complacido si la ficción encontrara así nuevamente aplicación práctica y no fuera necesario recurrir siempre a las fuentes para dar ejemplos de ellas; el ejemplo del peregrino que se fingía ciudadano romano, dado por Gayo, podría por fin archivarse. Ese ejemplo, por lo demás, es muy interesante; sólo hace falta enfocarlo debidamente. Cuando había que conferir la *actio furti* a un peregrino o contra un peregrino, dice Gayo[5], debía fingirse que ese peregrino era ciudadano romano. Dicho en términos jurídicos: el hurto era algo muy propio de los romanos, y un peregrino no podía ser ni sujeto activo ni pasivo de ese delito. Era como en Schilda *, donde se llevó cierta vez al cadalso a un forastero, y los ciudadanos levantaron voz de protesta. La horca, dijeron, era para ellos y para sus hijos. Un forastero, para tener el derecho de pender de ella, tenía que hacerse previamente vecino de la ciudad. Del mismo modo, un peregrino que hubiera querido hurtar o ser víctima de un hurto en Roma, tendría que haberse hecho antes ciudadano romano. Se le facilitó entonces el trámite, supliéndolo con una ficción.

---

[5] GAYO, IV, 37.

* Ciudad de Alemania, cuyos habitantes tienen fama de tontos. *(N. del T.)*

Pero volvamos a la *occupatio bellica,* fuente primigenia de la propiedad romana. En Roma daba efectivamente placer ser soldado, mucho más que ser cazador, trampero o pescador. En aquel entonces la canción: «Oh, que deleite es ser soldado», tenía buen sentido, pues el soldado era dueño de todo el mundo, fuera del romano, y no tenía que hacer más que apropiarse de las riquezas que ese mundo potencialmente albergaba. Siempre me apena tener que dar clase sobre el *peculium castrense,* sobre todo cuando entre mis alumnos hay *filii familias milites.* Se les muestra los bonitos objetos que podrían adquirir por su condición de tales: prendas tomadas al enemigo, regalos del soberano y de la soberana, etc., y así se les hace agua la boca, con engaños sin contenido actual. Hoy el *peculium castrense* tiene un solo componente de valor práctico, que es la herencia de la mujer rica y con eso tienen que conformarse.

Al gran número de cosas muebles hasta aquí reseñadas, el derecho romano añadía aún algunas cosas inmuebles que podían obtenerse totalmente de balde. Siempre me causa gran satisfacción tratar esa parte de las Pandectas. No es por las perspectivas de orden práctico que pudiera ofrecer hoy: lamentablemente, no hay nada de eso. Antes bien, la contemplo desde el punto de vista puramente histórico; me figuro a un antiguo romano que ha sido agraciado de ese modo y comparto su alegría. Tenemos primeramente la *insula in flumine nata* y el *alveus derelictus,* dos bocados suculentos para un pandectista. A los ribereños se les facilita la adquisición de tal modo que ni siquiera tienen necesidad de ocupar el terreno. El derecho les hace un regalo sin que tengan que molestarse. Una pregunta al margen: ¿habéis reflexionado por qué, en estos dos casos, en los cuales se trataba de cosas sin dueño, los romanos no permitieron el régimen aplicable a las demás *res nullius: el derecho de libre ocupación*?

Imagináos lo que ocurriría si se permitiera tal ocupación: las trifulcas que se armarían en el agua aun antes de que la isla haya emergido completamente o el lecho del río esté libre de aguas. Casi podría decirse que, estando la naturaleza por dar a luz, se intenta acelerar el alumbramiento natural con un fórceps. Sabéis ahora por qué los romanos excluyen aquí la ocupación.

En el caso de la *insula in mari nata,* la teoría de las *res nullius* vuelve a ser enteramente consecuente. La isla es propiedad de quien la ocupe. Es reconfortante constatar que en medio del mar lejano, en un solitario islote recién surgido del seno de la naturaleza, la teoría de la ocupación vuelve a ser reconocida, lo que no fue en los dos casos anteriores, relativos a la tierra firme. Lástima que esa concesión pierda mucho de su valor por haber acotado el jurista que el fenómeno previsto era muy raro *(quod raro accidit).*

Queda una última cosa inmueble cuya propiedad se puede adquirir gratuitamente y que los pandectistas no podemos pasar por alto: el *ager desertus.* No tiene mucho hechizo que digamos. Hay que comenzar por

labrar penosamente ese campo, y cuando así se ha hecho y se lo ha convertido en tierra labrantía, cuando se han extirpado las malezas y acarreado todo el estiércol necesario, no se tiene la seguridad de que quien fue hasta ese momento su propietario no cobre ahora interés en el precio y lo rescate pagando los gastos. Por mi parte, tengo resuelto desde hace mucho que nunca me pondré a labrar un *ager desertus.*

Con esto habríamos terminado con las cosas inmuebles. Pero me he reservado para el final lo mejor, que es la ocupación de los bienes de una herencia. Es el más espléndido de todos estos casos. Allí la idea de la ocupación cobraba su máxima intensidad para convertirse en un *non plus ultra.* Alcanzaba tal altura que, vista desde allí, resultaba mera apariencia la distinción entre cosas muebles e inmuebles, distinción que, para hablar en lenguaje hegeliano, no había superado todavía en las recién descritas etapas de su autodesenvolvimiento dialéctico. El que deseaba, podía apropiarse de oro, plata, cualesquiera objetos de valor, ganado, vino, terrenos, casas e incluso de campos enteros, todo lo que pudiera componer una herencia. No cometía hurto ni usurpación alguna. *Rerum hereditarium furtum non fuit* reza la regla que fue dada al mundo especialmente para ese fin. Sólo se diferenciaba de los demás casos de ocupación en que el ocupante no obtenía la propiedad de inmediato, sino que tenía que poseer las cosas por el plazo de un año. Sin duda alguna, no habrá tenido inconveniente en hacerlo.

Comprenderéis por qué he reservado esta clase de adquisición gratuita de la propiedad para el final. Después de ésta, todas las demás parecen insípidas. Me guardaré el caso para nuestra próxima entrevista.

Y ahora pasamos de ese copioso banquete del derecho romano, en el que los platos competían a cual mejor, del lucúlico festín de las *res nullius,* al bodrio del derecho actual, en el cual ya nada queda del viejo esplendor. Todos los sitios de la mesa están ocupados por la propiedad y no hay cubierto para el *non dominium.* Este puede aguardar de pie que la propiedad le arroje algún hueso en el que ya no le quede nada para mordisquear. La poesía de la ocupación ha llegado a su fin, destruida por la prosaica y glotona propiedad. El Estado se incauta ahora tanto de la *insula in flumine nata* como de la *in mari nata,* y también del *alveus derelictus.* Como objetos de ocupación privada sólo figuran hoy en los libros de enseñanza. Quisiera saber cuándo se la aplicó por última vez en la realidad. Estos conceptos ya se cuentan entre los ejemplares disecados en alcohol. A ellos se les aplica lo que dijo Justiniano de una institución que era ya una reliquia en su tiempo: el *dominium ex jure quiritium: «nec umquam videtur nec in rebus apparet, sed vacuum est et superflun verbum»* [6]. Queda pues únicamente el *ager*

[6] *L. un. Cod. de nudo iure* (7,25).

desertus. ¡Si se pudiera hallar a alguien que hiciera practicable esa institución! Pero no conozco ningún caso.

De esa manera, todas las cosas inmuebles van haciendo mutis. Su pérdida sería soportable si quedaran al menos las cosas muebles. Pero éstas también están abandonando el escenario. Recuerdan a la «Sinfonía de la despedida» de Haydn, en la que los integrantes de la orquesta abandonan uno por uno sus atriles y apagan las luces que en ellos tienen encendidas. La *usucapio pro herede lucrativa,* la *occupatio bellica,* la caza y la pesca libres, la búsqueda libre de ámbar, fósiles, etc., y, en algunos estados, incluso los tesoros. Todas luces extintas. La oscuridad es completa. A dondequiera que uno se dirija, en todos lados tropieza con la propiedad privada, que le grita: ¡Detente! Ahora hasta protege al enemigo. Se han acabado las épocas del tranquilo pillaje. Y hasta los animales salvajes que por *ius naturae* pertenecen al ocupante, están ahora al amparo de las normas positivas de las leyes de caza. En nuestro tiempo ya nadie concibe que puedan ser objeto de libre ocupación los bienes de una herencia. Quizá los comunistas vuelvan a enseñárnoslo. Sólo el bosque era aún libre: los niños podían recoger fresas, zarzamoras y frambuesas, una buena ama de casa sus setas y su marido la aspérula para prepararse un clericó. En Prusia, también este permiso ha llegado a su fin. Ni siquiera se respeta aquel derecho de los chicuelos.

He perdido el agrado por el derecho y me alegro de no ser ya niño. Digo, como el carpintero del drama *María Magdalena,* de Hebbel: ya no entiendo el mundo. ¡Ay! si no hubiera dado lecciones de Pandectas. A cada uno de los bellos ejemplos de la ocupación romana debo colocarles una cruz: *mortus est,* y tengo que advertir a mis alumnos que no se les ocurra ponerlos en práctica si no quieren entrar en conflicto con el código penal. La poesía ha desaparecido del derecho y así entono mi lamento con los versos de Schiller *(A los dioses de Grecia),* ligeramente modificados a propósito del caso:

Bello mundo, ¿dónde has quedado?
¡Retorna, derecho de natura!
Sólo en el mundo fantástico de la doctrina
tu huella fabulosa aún perdura.
La campiña, yerma, está de duelo,
al acecho estoy en vano,
cuando trato de coger setas o bayas,
ruge la ley: ¡aparta esa mano!

Estampa II
La ratonera del antiguo derecho sucesorio[1]

No sé si puedo dar por sentado que vosotros recordéis aún hoy lo que aprendisteis en la Universidad sobre la *usucapio pro herede lucrativa* del antiguo derecho romano. Con los conocimientos adquiridos en la Universidad ocurre lo contrario que con la mayoría de las demás cosas: cuando menos se los usa, más se gastan y más merman. Se los podría calificar, a diferencia de las *res, quae non-usu consumuntur vel minuuntur.* Por eso, supongo que me permitiréis que os refresque un poco la memoria.

Nuestras fuentes, con Gayo a la cabeza[2], nos pintan el siguiente cuadro de esa institución. Cuando moría alguien que no dejaba *sui heredes,* cualquier persona interesada podía adelantarse al que tuviera vocación hereditaria y tomar posesión de los bienes de la herencia. Eso no era *furtum.* Sólo respecta a quienes ya estaban en posesión de bienes del difunto, no cabía transformar la relación posesoria o, como dirían los romanos, el título que habían tenido hasta ese momento, en un título *pro herede (nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest).* Es decir: la toma de posesión de los bienes de la herencia tenía que verificarse mediante un acto visible, para que el heredero más próximo supiera quién los había tomado y pudiera reclamarle su restitución. Para eso tenía un plazo de un año. Si dejaba transcurrir ese plazo, ya fuera por demorar la adición de la herencia o el ejercicio de la acción, perdía su derecho y los poseedores pasaban, en virtud de la *usucapio pro herede,* a ser propietarios, y no sólo propietarios, sino también herederos. Lo que se consideraba objeto de la usucapión no eran las cosas singulares que componían la herencia, sino la herencia misma. Era ésta la que se usucapía y, a consecuencia de este criterio, también las cosas inmuebles, para las cuales el plazo de usucapión era en los demás casos de dos años, podían usucapirse en uno solo. Con la adición y posesionamiento de la herencia por el heredero, ese derecho de ocupación, como me permitiré llamarlo[3], quedaba excluido. Quien intentaba ahora apoderarse de esos bienes, se hacía culpable de un *furtum,* igual que si hubiera habido *sui heredes.*

Tales son los rasgos más salientes de la institución, según nos la describen las fuentes. Estas dejan sin resolver, ciertamente, más de un problema, que,

---

[1] *Ob. cit.,* ns. 12-15.

[2] GAYO, II, 52-58; III, 201.

[3] Los romanos empleaban el término *occupare* no solamente para designar la apropiación de las cosas sin dueño, sino también el posesionamiento de cosas ajenas, estén ya en posesión ajena o sin posesión; ver *L.* 3, § T *de A. P.* (41, 2) *...domum a latronibus occupatam; L.* 1, § 2 *quod legat.* (43, 3) *...quod quis legatorum nomine occupavit.*

sin embargo, no me preocupa, porque no es mi propósito daros una conferencia erudita sobre la *usucapio pro herede lucrativa,* sino simplemente exponeros mi idea sobre un aspecto peculiar de la institución que, a mi saber, ha pasado hasta ahora inadvertido.

Gayo añade sólo una cosa más: una observación sobre la finalidad legislativa de la institución. Se pregunta qué es lo que habrá movido al antiguo derecho a reconocer una institución tan ruin *(tam improba possessio et usucapio)* y responde él mismo: con ello se quiso presionar a los herederos legítimos para que procedieran prestamente a adir la herencia, tanto en interés de los acreedores como para asegurar el cuidado regular de las *sacra.*

Con esto, queda agotado nuestro material histórico. Ahora, me enciendo un cigarro. Ya sabéis para qué.

Es maravilloso el efecto que me producen unas pocas chupadas enérgicas. En las bocanadas de humo veo a Gayo, un hombre largo y escuálido, con pecas en la frente, patizambo y con cara de dómine.

Unas chupadas más y nos trabamos en diálogo.

—¿Sois Gayo?

—Ese es mi nombre.

—No sabía yo si podía llamaros así, porque un autor moderno [4] ha sostenido que ese nombre era sólo un «nombre vulgar» o, como se dice en la vida cotidiana, un apodo que os habrían puesto los estudiantes, como suelen hacer aún hoy con los profesores a los cuales estiman.

—¿Estudiantes? ¿Qué son estudiantes?

—Vuestros oyentes, que escuchaban vuestras Instituciones y a los cuales debemos el cuaderno sobre las mismas [5].

—¿Cuaderno? ¿Qué es eso?

—Los apuntes de los oyentes, que les fueron dictados por el maestro o que ellos mismos redactaron después de la lección.

—Mis oyentes no acostumbraban escribir cuando yo les daba lecciones. Escuchaban.

—Era pues una conferencia libre. Entonces, vuestros *Institutionum commentarii quatuor* ¿los escribisteis vos mismo?

—Así es. ¿Es que todavía se sabe algo de ellos? Creo haberlos escrito hace mucho tiempo.

---

[4] H. DERNBURG, *Die Institutionen des Gajus — ein Kollegienheft aus dem Jahre 161 nach Christi Geburt,* Halle 1869, pág. 96: «Una designación coloquial.» Pág. 97: «Y cómo podría explicarse mejor la designación familiar con el *praenomen,* si no es atribuyéndolo a la costumbre de los estudiantes a los cuales nuestro jurista tenía por oficio enseñarles. Ellos llamaban a su magnífico maestro por su *praenomen,* como se estila entre amigos, así lo llamaban en sus círculos y así ese nombre adquirió carta de naturaleza entre las generaciones posteriores y en el comercio librero.»

[5] La opinión del autor mencionado.

—Hace aproximadamente mil setecientos años. Desde que Niebuhr los descubrió en Verona, sacándolos de su olvido, son para nosotros, los romanistas, el pan nuestro de cada día.

—¿Romanistas? ¿Quiénes son éstos?

—Son vuestros continuadores modernos. Nosotros, los germanos —y en este momento estáis en una de nuestras ciudades más hermosas, en Viena, en el local del «Pato de Oro»—, manejamos el derecho romano con la misma maestría que vuestros contemporáneos romanos. Los profesores que en nuestras escuelas de derecho dan lecciones de derecho romano, se llaman romanistas. Permitidme que me presente, yo soy uno de ellos y todos los años dicto un curso de Instituciones y de Pandectas.

—¿Eres pues un colega mío? Me alegra conocerte. ¿Así que conoces mis Instituciones?

—Como he dicho, ellas son el pan nuestro de cada día. He aprendido mucho de ellas y os lo agradezco. Pero lamentablemente el manuscrito presenta muchas lagunas. Esos viejos monjes han sido muy desconsiderados con vos. Han raspado buena parte de vuestro texto y escrito encima el de un santo cristiano: san Jerónimo. Y luego vino Bluhme, o Blume, como escribiera más tarde su apellido, venteando a Puttkamer, quien se dedicó a poner remiendos. Nos haríais un gran servicio, si os decidiérais a colmar esas lagunas.

—Tengo que pensarlo. Por el momento no tengo ni tiempo ni humor para hacerlo. ¿Qué te ha movido a llamarme del Orco mediante un conjuro?

—Quería preguntaros algo sobre la *usucapio pro herede lucrativa.* Lo que nos decís sobre ella es muy valioso. Nos revela muchos puntos del viejo derecho. Sin embargo, con todo el respeto que me merecéis, pienso que vuestra opinión sobre la *ratio legis* de la institución no es acertada.

—¿Por qué no?

—Mi venerable maestro ¿tendríais la bondad de permitirme exponeros mi propia opinión?

—Habla.

—Vuestra opinión parte del siguiente supuesto. Hubo una época en la cual no existía aún la *usucapio pro herede,* si bien el derecho sucesorio, en sus demás aspectos, estaba ya desarrollado. Pero se fue advirtiendo que los herederos dilataban indebidamente la adición de la herencia, acto para el cual no había plazo, a menos que el testador hubiera fijado una *cretio.* Su interés era demorar lo más posible la entrega de los legados, por cuanto así podían recoger los frutos e intereses, y además no tendrían que correr con los gastos de los *sacra.* Esto no puede seguir así, dijeron entonces los acreedores, queremos nuestro dinero. Y nosotros, añadieron los pontífices, no podemos tolerar que se suspendan por tanto tiempo las *sacra.* Se sumaron al coro los legatarios y sustitutos. Juntáronse entonces los padres de la urbe y deliberaron: ¿qué hacer? Si nos hubieran pedido consejo a nosotros, ya les habríamos indicado un medio adecuado: Fijad un plazo legal para la

adición o encargad al pretor fijar un *tempus ad deliberandum* o, como decimos hoy, un *spatium deliberandi,* a petición del interesado, so pena de pérdida de la herencia. El pretor, afortunadamente, fue lo suficientemente sensato para implantar más tarde esa solución *de motu propio.* Y para sosegar a los pontífices preocupados por sus *sacra,* estableced una multa a beneficio de los fondos religiosos, una multa que aumente de mes en mes, hasta convertirse en un verdadero alud, como el interés progresivo que conocemos en Alemania. ¡Será un santo remedio!

Pero los padres llegaron a una conclusión distinta. Dijeron: Implantaremos la *usucapio pro herede lucrativa.* Daremos a cada cual el permiso de tomar posesión de los bienes de la herencia, con la consecuencia de que si el heredero no procede a la adición dentro de un año y le quita esa posesión, aquél será propietario y heredero de esos bienes. Si el heredero legítimo repudia la herencia, ésta carecerá de dueño y entonces podrá tomarla el que desee hacerlo.

¿He acertado, maestro; es éste vuestro pensamiento?

—Has acertado.

—Permitidme entonces una pregunta más: ¿Tenéis informaciones especiales sobre este suceso?

—Me atuve a la historia de Varrón.

—¡Me lo había figurado! Ese hombre es a veces muy extravagante.

—Eres un... Casi olvido, para valerme de una expresión de vuestro Bismarck, que mis modales me impiden contestarte como debiera. ¿Presumes estar en historia antigua más al tanto que Varrón, a quien toda Roma colmó de alabanzas durante su vida y también después de muerto, a quien Cicerón proclamó *diligentissimus investigator antiquitatis* y Quintiliano, *vir romanorum eruditissimus*?

—Sí, desde los tiempos de Niebuhr nos tomamos esas libertades. Varrón podría aprender muchas cosas de nosotros. Por ejemplo, sabemos mucho mejor que él cómo fue la fundación de Roma. Nos aventaja, sí, en cuanto a riqueza de material, pero nosotros le aventajamos en cuanto al método, y gracias a nuestro método podemos rectificar hoy a Varrón, a Festo, a Livio y a otros cualesquiera, y también a vos. Ese método es el método histórico-crítico, que por el momento no puedo explicaros, pero lo haré con mucho gusto si volvéis a honrarme con una visita.

Volviendo ahora a vuestra tesis sobre el origen y la finalidad de la *usucapio pro herede,* me permito deciros sin ambages que la cosa no pudo haber sido tan sencilla como la imagináis. Vuestra explicación lleva sobre la frente la marca del error histórico, pertenece a la categoría de explicaciones que hoy llamamos racionalistas.

—Otra vez usas una palabra que no entiendo. ¿Qué significa eso?

—No me toméis a mal si por el momento os dejo sin respuesta. Mi cigarro ya está consumido por la mitad, y antes de terminarlo, quisiera que

acabemos de aclarar la *usucapio pro herede.* Os haré una crítica de vuestra opinión, de la cual quizá podáis inferir qué significa aquella expresión. Lo haré con la misma franqueza con la que hablo a mis alumnos.

Vos confundis la finalidad con la consecuencia. Porque hay ladrones, las personas honradas hicieron colocar cerraduras en sus puertas, pero nadie ha tenido jamás la peregrina idea de sostener que los robos se implantaron para que se fabricaran y compraran cerraduras. Y no es mejor vuestro argumento de que la *usucapio pro herede* se instauró para apresurar la adición de la herencia. Esa fue la consecuencia, no la finalidad de su implantación. No es necesario instituir el robo. El robo existe por sí solo. Del mismo modo, vuestros antepasados tampoco tuvieron que aguardar que la ley los llamara para tomar de una herencia para la cual no había aún heredero, todo lo que podían sacar de ella. Ellos entendían muy bien esas cosas.

—Te prohíbo estas alusiones malévolas a mis antepasados, que, además, son desacertadas. Los antiguos romanos no fueron antepasados míos. Theodor Mommsen ha demostrado que yo soy un jurista provincial [6]. Pero en lo que se refiere a nuestro problema, te advierto qeu todo lo que has dicho se refiere solamente a la *facticidad* de la apropiación, a la *ocupación* de los objetos sin heredero, mientras que yo he hablado del aspecto jurídico de la cuestión, del sello que el derecho le ha impreso: la usucapión, la adquisición de la propiedad y del derecho a la herencia.

—A eso iba. Justamente allí está la refutación de vuestra tesis. Si el viejo derecho, al instituir la *usucapio pro herede,* no hubiera perseguido otra finalidad que impulsar al heredero legítimo a adir prestamente la herencia, habría bastado autorizar la apropiación de sus bienes, lo que podría llamarse una patente de corso sucesoria. Habiendo peligro de corsarios, el barco buscará llegar a puerta cuanto antes. Como medida extrema, podría haberse agregado la usucapión de las cosas que integran la herencia, pero es inexplicable, totalmente incomprensible, que para ese fin hayan instituido la usucapión de la herencia. Ahí está el punto clave, y sobre él no habéis dicho una sola palabra. ¿Cómo explicáis esto, Gayo?

—Estoy harto de que me pidas explicaciones y me hagas preguntas como si estuvieras examinándome. Podrías haberte ahorrado la molestia de decirme que eres profesor y que me encuentro en Germania, en el país de los bárbaros nórdicos. Lo habría advertido en seguida por el tono impertinente en que me hablas y por la cantidad de vino que has tomado mientras conversábamos, para colmo sin mezclarlo. Prefiero acabar esta conversación y pondré buen cuidado en que no se repita. No volveré a aparecerme a ti, así fumes diez cigarros.

Dicho esto, la imagen se desvaneció.

---

[6] *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechtes,* III, págs, 1 y ss.

¡Vaya salida cómoda para escapar de apuros! Cuando no se sabe qué contestar, se desaparece y, como si esto fuera poco, se lanza a la cara del interlocutor, como despedida, alguna grosería. Vosotros, señores de la redacción, sois testigos de que en mi diálogo con el señor Gayo no me he salido ni un solo instante del marco de un debate científico ni he violado las leyes del buen tono. ¡Ese Gayo! ¡Más quisquilloso que un tenor de ópera!

Continuaré pues mi conversación con vosotros. Os habréis convencido de que la opinión de Gayo adolece de una contradicción interna. Si él mismo no hubiera tenido esa impresión, no habría tenido necesidad de esfumarse. Pero veo que se me ha apagado el cigarro. ¿Me dais fuego, por favor? Gracias, ya vuelve a echar humo. Dispensadme unos instantes. Empiezo a ver débilmente los contornos de una nueva escena... paulatinamente van tomando formas definidas... ¡ya la tengo!

Estoy en Roma, en los albores de su historia. Ha muerto un hombre, sin dejar ni mujer ni hijos. El heredero que ha instituido por testamento ante la asamblea popular, está en el ejército, en el frente de batalla. En la casa se advierte un constante ir y venir, y todo el que entra con las manos vacías, sale cargado: acreedores, legatarios, vecinos, buenos amigos (estamos en la época del interregno en la propiedad, que hoy llamamos *hereditas iacens*); cada cual saca tajada.

Me confundo entre la gente.

—¿Cómo podéis apoderaros de todas estas cosas? —les pregunto—. Sois un hato de ladrones. Esas cosas no os pertenecen. Estáis detrayendo propiedad ajena.

—¿Propiedad ajena? Se nota que eres forastero. Donde no hay propietario, no hay propiedad. Donde no hay emperador el emperador ha perdido su derecho. El heredero instituido, cuando vuelva de la guerra y proceda a adir la herencia, podrá quitarnos estos objetos. Por el momento, no se encuentra aquí. ¿Es que vosotros, los germanos, procedéis de otro modo? Cuando algún barco se estrella contra vuestras inhóspitas costas, ¿no venís corriendo para apoderaros de todo lo que podéis? Eso lo llamáis derecho de naufragio. Nosotros no hacemos otra cosa. Este es nuestro derecho de naufragio sucesorio. Los bienes hereditarios son *res nullius* sometidos al vaivén de las olas.

—¿Pero de qué os sirve cogerlas? Cuando el heredero regrese, tendréis que devolverlas.

—No está dicho que regrese. Ha ido a la guerra. Puede morir en acción, caer prisionero, y aún si efectivamente regresare, estará por verse si tendremos obligación de devolverle todo esto.

—¿Pero con qué derecho podríais negaros a hacerlo? Yo conozco vuestro derecho, y sé que no tenéis que temer la *actio furti,* porque vuestras leyes han sido tan indulgentes como para no suponer que esto que estáis haciendo

sea un *furtum*, pero olvidáis que ese heredero tiene contra vosotros la *hereditatis petitio*.

—Pues entonces, que me pague antes mi crédito. Soy acreedor del difunto y nadie puede tomarme a mal que busque poner estos bienes a buen recaudo.

—Pero, y tú, ¿también eres acreedor?

—No, pero el difunto me ha legado estas cosas de las cuales he tomado posesión, y no las he de devolver.

—Pero tendrás que hacerlo, porque el pretor dará contra ti el *interdictum quod legatorum* [7].

—Ese interdicto todavía no se ha creado. Estás confundiendo los períodos de la historia romana. Todavía no hemos llegado a eso.

—Y tú, el de allí, ¿también has tomado las cosas porque eres acreedor o legatario?

—No, las he tomado así, sin más [8], como decís vosotros los alemanes. Veré qué pasa. Lo peor que puede ocurrirme es que tenga que devolverlas.

¡Dios Santo! Menos mal que la escena se desvanece; ya no tolera mi presencia entre aquella gente.

Pero ya surge otra. La acción se desarrolla también en Roma, pero unos milenios después, y el escenario es el Vaticano. Ha muerto el Papa. ¿Será posible? Apenas el Pontífice ha cerrado los ojos para siempre, todos los que se encuentran en el Palacio corren de aquí para allá y se apresuran a apoderarse de lo que pueden. A mi pregunta: ¿cómo os atrevéis a hacer esto? me contestan: estamos haciendo uso del *ius spolii* [9]. ¡Oh, dignos descendientes de tales antepasados!

---

[7] *L.* 1, § 2 *Quod leg.* (43, 3): *Ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi.*

[8] No sé si en Austria se conoce ese giro tan característico: *bloss so* (así sin más). Para aclararlo, me valdré de una anécdota. Una campesina vendedora de huevos, soltera, que siempre había visitado sola a sus clientes, apareció un buen día en compañía de un chiquillo. «—De quién es este niño? —Mío. —No sabía yo que usted era casada. —No lo soy. El chico ha venido así mismo.» Un jurista romano habría dicho *naturaliter*, en contraposición a *civiliter*.

[9] Sobre el derecho de espolio, que los clérigos practicaron ya en época muy temprana, véase la voz correspondiente tratada por FRIEDBERG en la *Herzog's Real-Encyklopädie für protestantische Theologie und Kirche*, tomo 14, págs. 683-688. «Ya en épocas muy tempranas tomó cuerpo la costumbre de que, no bien moría un clérigo, los demás actuaban como representantes de la Iglesia, que era su heredero, y se posesionaban sin contemplaciones de la herencia del muerto. Ya en el Concilio de Calcedonia (año 451) se dijo: *non liceat clericis post mortem episcopi rapere res pertinentes ad eum*, y el Sínodo de Ilerda se lamenta (año 524): *occumbente sacerdote expectoratoque affectu totaque disciplina severitate posthabita immaniter quae in domo pontificali reperiuntur invadunt et abradunt* (págs. 681). Los señores seculares emularon más tarde a los clérigos y pretendieron para sí el *ius spolii: more praedonum debacchantes... crudeliter abducentes animalis universa*, etc., como dijera Inocencio III. Según las palabras usadas en el Concilio de Breslau de 1279 se había llegado a que: *quod in rebus ecclesiae furtum reputatur sagacitas, rapina probitas, et violentia fortitudo.* Hasta en

¡Fuera ese cuadro! No me interesan la época moderna, ni el derecho de naufragio, ni el *ius spolii*. Lo que quiero saber es qué se hizo de la *usucapio pro herede lucrativa*.

El cigarro presta buenos servicios. Veo un nuevo cuadro, que representa una escena de la época de vigencia de la Ley de las XII Tablas. Una asamblea de juristas, entre ellos figuras conocidas: Apio Claudio y su escribiente Flavio, autor y editor, respectivamente, del *ius Flavianum* [10]. Se trata de algo importante; escuchemos.

—Otra vez el pueblo ha saqueado toda una herencia —dice uno, a quien los demás llaman cónsul L. Volumnio—. Debemos poner fin a estos ultrajes, a ese detrito de barbarie que no se compadece con las ideas de nuestra época progresista e impide que las sucesiones se tramiten ordenadamente. Cada cual mete mano en el patrimonio y cuando el heredero regresa se ve y se desea para recuperar lo que le han quitado, mientras que él mismo, tan pronto como ha cumplido la adición, responde ante los acreedores. Esto no

---

Roma, la ciudad santa, laicos y clérigos llegaron a hacer uso del *ius spolii* sobre la herencia del mismo Papa, como lo dice el *Concilium Romanum* de 901, de la «*scelestissima consuetudo*». Los mismos Papas llegaron a arrogarse más tarde ese derecho; los detalles pueden leerse en la citada obra de FRIEDBERG.

[10] Vosotros sabéis seguramente por las lecciones de historia del derecho romano cómo hizo éste la «edición» *subreptum librum populo dedit* (*L.* 2, § 7 de *O. J.* 1. 2), el primer caso históricamente comprobado de una contrahechura. Aprovecho la oportunidad para llamar la atención a todos los examinadores de historia del derecho romano sobre esta hermosa pregunta de examen que hasta ahora ha permanecido olvidada. «¿Quién fue el primer contrafactor de la historia?». R.: Gneo Flavio. Cfr. la Ley del Imperio del 11 de junio de 1870, § 4: «Toda reproducción mecánica de un escrito, hecha sin autorización del titular, se denomina contrahechura y queda prohibida.— Debe considerarse reproducción mecánica la copia a mano si tiene por finalidad sustituir la impresión». A falta de prensa impresora, Flavio tuvo que valerse en su época de ese medio. WENING-INGELHEIM, el editor del cuaderno de Pandectas de HEYSE, que lo publicó bajo su propio nombre con el título de *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts —subreptum librum populo dedit—* gozaba ya de más comodidades; sólo tuvo que escribirlo una vez; del resto se encargó el tipógrafo. Tuvo la deferencia de dedicarle la obra al autor «como la comadrona coloca a un recién nacido en los brazos del padre», según señala acertadamente MORSTADT: HEYSE, a la sazón Presidente del Superior Tribunal de Apelaciones de Lübeck, no incorporó a la biblioteca del tribunal las ediciones siguientes del libro, cuya paternidad negaba, porque Wening-Ingelheim, apartándose un tanto de su modelo romano, había cedido a la tentación de agregar algo de cuño propio, tentación a la que Flavio había resistido tenazmente (*nec de suo quicquam adjecit libro, L.* 2, § 7 de *O. J.* 1, 2). Esta es la única diferencia entre los dos, en todo lo demás hay tal concordancia que Wening-Ingelheim podía llamarse nuestro Flavio y éste, el Wening-Ingelheim romano. En ambos casos se hizo un gran servicio al mundo mediante una maniobra valiente (*gratum id fuit munus populo, L.* 2, § 7 cit.), ya que tanto Apio Claudio como Heyse, quien podía competir con el romano, no habían tenido que molestarse en publicar sus obras; fue necesaria una mano ajena para poner al mundo en posesión de las mismas, y en ambos casos las obras no llevaron el nombre del autor, sino el del que había tenido el mérito de publicarlas. Y en ninguno de los dos casos faltó la recompensa: Flavio llegó a ser tribuno de la plebe en Roma, y Wenin-Ingelheim profesor en Munich.

puede seguir así. En mi carácter de cónsul presentaré al pueblo un proyecto de ley para que se derogue el derecho de ocupación en los bienes sucesorios y que todo ulterior ejercicio de ese derecho sea penado como *furtum*.

—No puedo adherirme a tu moción, mi ilustrísimo colega —deja oír su voz Apio Claudio [11]—. El pueblo no aceptaría esa proposición. Está acostumbrado desde hace siglos a esa situación y la incluye entre las «peculiaridades legítimas» que aun en las potentes monarquías, para no hablar de repúblicas, se respeta en lo que concierne a las provincias anexadas. Dejémosle al pueblo esa diversión, pero echémosle tal cantidad de sal que termine por resultarle repugnante. Tomaremos el mismo camino que en la *Lex Furia testamentaria*. Al dictarse esa ley, la norma de las XII Tablas: *uti legassit super pecunia tutela vel suae rei, ita ius esto,* se oponía a la fijación de un tope máximo para el monto de los legados. Se dejó intacto ese precepto, pero se impuso al que se dejaba entregar un legado que excedía ese tope, una multa igual al cuádruplo del excedente. De ese modo, quedaba salva la ley y logrado el fin que se perseguía. En este caso haremos lo mismo. No tocaremos la vieja institución; nos acomodaremos por completo a la voluntad del pueblo: los objetos de la herencia de los cuales el heredero no haya tomado posesión, carecerán de dueño y cualquiera podría apoderarse de ellos. Avanzaremos incluso un paso más: la herencia misma carecerá de dueño. La consecuencia lógica será que quien se apodere de ella y la posea por un año, se convertirá en heredero por usucapión. Colocaremos la herencia entre las *ceterae res* de las XII Tablas, para las cuales la ley establece un plazo de un año para usucapirlas.

—Pero mi buen Apio, la herencia no es una cosa, no es algo corpóreo, y lo que esa ley contempla son las cosas corpóreas...

—Te ruego que no me interrumpas, Volumnio. Nosotros, los juristas, ya hemos incluido entre las *ceterae res* la *manus* sobre la mujer, que no es una cosa, sino un derecho. No nos faltan, pues, antecedentes. En adelante, llamaremos a los derechos *res incorporales,* y así se los seguirá llamando más allá de un milenio [12]. De esta manera, el problema quedará resuelto.

Ya adiviná is cuál es mi propósito. Si el usucapiente llega a heredero, tendrá que hacerse cargo también de las deudas y de las *sacra.* Señalo esto último muy en especial a los señores pontífices, aquí presentes, pues atribuyo gran importancia a su apoyo.

—Estamos plenamente de acuerdo —fue la respuesta de los pontífices.

—Me complace sobremanera. Contaba con ello. ¿Quieres hacer una observación, Valerio? El consejo de un hombre que ha sido investido cuatro veces de la pretura [13] puede sernos de gran utilidad.

---

[11] De ahí se infiere que el hecho ocurre en el año 446, en el que, según Livio (9, 42), eran cónsules Apio Claudio y L. Volumnio.

[12] § 2 *J. de reb. corp.* (2. 2).

[13] Livio, 9, 41.

—Sólo quería observar que tenemos pocas posibilidades de que esa propuesta prospere. El pueblo se dará cuenta de cuál es el propósito oculto, y los tribunos, que ya han frustrado más de una vez nuestros planes, harán uso de la *intercessio.*

—No tengo la menor intención de someter esa propuesta al voto del pueblo. Es ésta una cuestión que tenemos que resolver entre juristas, sin que el pueblo y los tribunos se entrometan. Se trata de una *interpretatio* de la Ley de las XII Tablas y la *intrepretatio* es, como se sabrá próximamente por el *Enchiridion de Pomponio* [14], de competencia de los pontífices y juristas. Al pueblo le presentaremos esa innovación como si con ello le hiciéramos una importante concesión. Damos a los ocupantes de los bienes de la herencia más de lo que tenían antes: la propiedad y además el derecho sucesorio. ¿Qué más pueden pedir?

—Un verdadero presente griego —dijo una voz, que sin embargo calló en seguida al tomar la palabra el ex dictador Papirio.

—Eres insuperable, Apio Claudio, ninguno de nosotros puede medirse contigo en astucia. Si no tuviéramos que reservar el nombre de «astuto» para tu bisnieto Sexto Aelio Peto, que habrá de redactar el *ius Aelianum* y a quien el mundo llamará Catón [15], te lo impondríamos a ti.

—Sólo me interesa el problema en sí —replicó Apio—. Por lo demás, no he terminado de motivar mi propuesta. Me falta aún exponer una razón muy poderosa que lo apoya. Vosotros sabéis que los herederos legítimos a menudo no quieren pronunciarse sobre la adición de la herencia, porque quieren dilatar lo más posible el pago de las deudas, la entrega de los legados y hasta el cumplimiento de los deberes para con los dioses. Lamento tener que constatar esa mala señal de irreligiosidad en nuestra época. También a esto le pondremos remedio. Cuando hayan poseído la herencia por espacio de un año, las acciones podrán dirigirse contra ellos como herederos, sin que los demadantes tengan necesidad de probar previamente el acto de adición. Y resta una cosa más. Por algunos casos célebres ocurridos en los últimos años habéis visto qué inconvenientes se producen cuando la adquisición de una herencia, adquisición que se estimaba plenamente segura e indubitable, era impugnada años después por un heredero más próximo que entonces se encontraba en condiciones de hacer valer su derecho. En el ínterin, la mayor parte de las cosas han sido vendidas; las deudas, pagadas; los créditos, cobrados, y he aquí que de repente aparece el heredero legítimo, que hasta entonces anduvo paseando por tierras extrañas, y exige que todo vuelva a colocarse del revés. Eso es intolerable. El que tiene un derecho debe hacerlo valer a su debido tiempo, y si deja de hacerlo, lo perderá. No

---

[14] *L.* 1, § 5, *6 de O. J.* (1.2).

[15] VARRÓN, *de ling. lat.* VII, 46; *Caius Aelius Sextus, non ut aiunt, sapiens, sed acutus.* En esta oportunidad venimos a enterarnos de que Sexto era bisnieto de Apio.

podemos seguir conservándoselo. Los derechos son de aquellas cosas que, como la fruta, no pueden estar mucho tiempo en depósito.

—Creo que eso es muy injusto para con un prisionero de guerra que regresa finalmente tras años de cautiverio —no pude contenerme en exclamar.

Toda la asamblea volvió sus ojos sobre mí y sólo entonces me percaté del traspiés que había cometido:

El orador me replicó:

—Se ve que tú, que por otra parte no tenías ningún derecho a intervenir ni a tomar la palabra, eres extranjero. Ese caso que planteas es rarísimo en Roma. Si los parientes pueden y quieren reunir la suma necesaria para el rescate del prisionero, éste regresa en seguida; o bien no pueden o no quieren hacerlo, y entonces no regresa nunca. De toda mi práctica recuerdo un solo caso en el cual un prisionero de guerra retornó solo al cabo de varios años. Era un plebeyo que recobró la libertad mediante una fuga ingeniosa. Esos casos, que, como hemos dicho, son tan raros y, para colmo, se producen solamente en los estratos más bajos de la plebe, no pueden ser óbice para dictar medidas cuya promulgación es un imperativo. Ten a bien leer lo que dice Celso en la *L. 4 y 5 de leg.* (*L.* 3) [16]; allí podrás informarte sobre nuestra máxima. Además, el pretor se hará cargo más adelante de este problema y conferirá al prisionero de guerra *restitutio propter absentiam.* Por el momento, no hemos llegado a eso. Estamos recién en el año 447 de Roma, y el pretor aún no puede permitirse tomar esa medida.

—Claro que no —fue el eco general de los presentes—, Si lo hiciera, se desmoronaría todo el ordenamiento de la historia jurídica romana. Vivimos en una época de la cual se dirá más tarde: *edicta praetoris nondum in usu habebantur* [17].

—Por mi parte —prosiguió Apio Claudio— no tengo más nada que agregar. ¿Alguien más desea decir algo? ¿Nadie? Bien, pasaremos el asunto a votación. — Veo que mi propuesta ha sido aprobada por unanimidad. Me complace; no dejará de producir sus efectos. Declaro, pues, levantada la sesión y pido permiso para que mi escribiente Flavio dé lectura al acta. Flavio, léela.

Así terminó la sesión y se apagó mi cigarro. Antes de volver a prenderlo y formar una nueva escena, aprovecharé este intervalo para hacer unas reflexiones sobre lo recién oído.

Siendo testigo de esa escena, nació en mí el plan de daros una conferencia sobre las tretas y mañas del viejo derecho romano. Y es verdad: esos viejos juristas romanos eran muy taimados. En ese aspecto nosotros, los modernos, no podemos competir con ellos. Para encontrarles parangones habría que ir

---

[16] *Ex his, quae forte aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur. Nam ad ea potius debet optari ius, quae est frequenter et facile, quam quae per raro eveniunt.*

[17] GAYO, IV, 11.

a Norteamérica; un auténtico abogado estadounidense aventaja a diez de los nuestros y a un centenar de nuestros profesores. La treta de que se valió Apio Claudio para tornar inocua la antigua institución recuerda la manera en que se evita que la sal destinada a fines técnicos o a la agricultura sea empleada para fines domésticos: se le añade carbono o alguna otra sustancia que le da mal sabor, o, para emplear el término técnico, se la desnaturaliza. Del mismo modo la vieja jurisprudencia romana desnaturalizó la ocupación de los bienes hereditarios, cuidando que el pueblo encontrara en aquella sopa un pelo, o más de uno. Y quizá en este caso sea superlativamente adecuado cierto comentario que escuché de un anciano burlón cuya experiencia matrimonial no había sido de las más felices. Al morir su mujer, encontró por fin la paz y el sosiego que por tanto tiempo le habían faltado. Cuando entonces alguien le sugirió que volviera a casarse, respondió con este giro estereotipado: El matrimonio fue para mí una sopa en la que hallé no solamente un pelo, sino toda una peluca.

Me preguntaréis: ese pelo ¿no habrá estado ya desde un comienzo en la *usucapio pro herede lucrativa*? Mi respuesta es decididamente: no. La aplicación de la *usucapio* a un objeto incorporal como lo es la *hereditas* presupone una madurez y virtuosidad de abstracción jurídica inimaginables en tiempos primitivos. El mismo Séneca la consideró todavía una sutileza de los juristas [18]. Para que un jurista llegara a la idea de extender el concepto de usucapión de los objetos perceptibles por los sentidos al objeto simplemente imaginado, basado en la pura abstracción, o sea la herencia en sentido técnico-jurídico, ambos conceptos, la usucapión y la herencia, debían haber alcanzado hacía tiempo su pleno desarrollo y madurez. Esa extensión sólo pudo haberse operado en una época en la que el pensamiento jurídico abstracto había alcanzado ya un alto grado de perfección y de seguridad.

Si la institución —resultante de la combinación de la *occupatio* con la *usucapio* para formar una unidad— no es un producto de la época primitiva, sino del período jurisprudencial, quedan solamente dos posibilidades: que la jurisprudencia haya introducido algo enteramente nuevo, o que sólo haya injertado en el viejo tronco de la ocupación el nuevo vástago de la usucapión. La primera alternativa es la opinión de Gayo, sobre la cual ya expuse mi parecer. Creo que una meditación algo detenida basta para convencerse de que es imposible. El pueblo romano había respetado durante siglos el derecho del heredero legítimo; cada cual sabía que no podía incautarse de bienes pertencientes a una herencia ajena, so pena de hacerse reo de *furtum*. En una etapa ya más avanzada de la cultura se introdujo entonces

[18] SÉNECA, *de beneficiis* VI, 5. *Iureconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea quae in hereditate sunt, tanquam quidquam aliud sit hereditas quam ea quae in hereditate sunt.*

la *occupatio* y la *usucapio pro herede,* es decir, se dio permiso para entrar a saco en herencias ajenas; con el mismo fin se derogó la disposición que castigaba este acto como *furtum,* todo ello con un fin que podría haberse logrado de otro modo con mucha mayor seguridad y facilidad. La opinión de Gayo no es mejor que la que pudiera llegar a sostener dentro de milenios algún jurista sin conocimientos históricos que, encontrando mencionado el derecho de naufragio en documentos del siglo XVIII y, no contando con otros anteriores, afirmare: el derecho de naufragio data del siglo XVIII y era desconocido anteriormente. Tanto el derecho de naufragio de nuestros antepasados como el derecho de ocupación de bienes hereditarios de los romanos eran resabios de barbarie primitiva.

Si nuestra institución, como creación unitaria, no data ni de la época primitiva ni del período jurisprudencial, queda como tercera y última posibilidad la opinión que considero la única posible: que las dos facetas de la institución tienen su origen en épocas distintas. La ocupación impune de las cosas hereditarias (a la cual iba unida quizá la usucapión de la propiedad) es en su tronco originario, un resabio de la época primitiva: la usucapión de la herencia, un aditamento a ese tronco.

No pretendo negar que a esa transformación puedan haber coadyuvado también otros motivos, además del que puse en boca de Apio Claudio. Puede haber existido el deseo de crear con la mayor prontitud posible una situación de seguridad cuando las pretensiones sucesorias fueran dudosas. Puede haber influido el propósito de salvar la estrechez de la antigua sucesión *ab intestato,* en la cual no habrá sino rara la falta absoluta de herederos, con lo que se abría el camino hacia la herencia al mero pariente *(cognado),* legitimado no por ley, sino por la voz del pueblo. Lo único que afirmo es que la perspectiva de tener que responder, como usucapiente de la herencia, por las deudas de la misma, tuvo que haber obrado como freno. Convertido el usucapiente en heredero, se sobrentendía por las deudas y los *sacra.*

Nadie ha dicho que esa consecuencia se producía sólo cuando los herederos legítimos habían repudiado la herencia; por eso, deberemos suponer que se producía también cuando la habían adido. Tampoco puede leerse que el ocupante haya devenido ser heredero sólo en proporción al valor de la cosa, lo que habría repugnado a la estructura básica del derecho sucesorio romano. En éste, como es sabido, las cuotas de la herencia no se determinan por las cosas que corresponden realmente al heredero. Quien se había apoderado de cualquier pieza de la herencia, por pequeña que fuera, tenía que contar con que al cabo de un año los acreedores y los pontífices le presentaran sus reclamaciones como heredero del todo.

La herencia quedaba convertida así en un *noli me tangere,* protegida por una valla invisible, incomparablemente más eficaz, dadas ciertas circunstancias, que la que hubiera proporcionado la *actio furti.* Quien hurtaba alguna cosa, podía calcular el monto de su responsabilidad para el caso de

ser descubierto: en el peor de los casos, era de cuatro veces el valor de la cosa; o, sufriendo la pena más leve, el doble. Mas quien se apoderaba de cualquier objeto de una herencia, por insignificante que fuera, podía, por esa supuesta ganancia, llegar a perder todos sus bienes.

¿Es necesario aún que os explique el mecanismo de mi ratonera del viejo derecho sucesorio? Las cosas hereditarias eran el cebo; quien las tomaba, el ratón; la norma que lo convertía en heredero, el resorte que lo atrapaba.

Pero este peligro no era el único al que se exponía el ocupante; se le sumaban otros. La *usucapio pro herede lucrativa* era institución artera, que obligaba a proceder con la mayor cautela. Si los parientes o creedores lo sorprendían cuando intentaba apoderarse de algún objeto, no podía quedarse si lo echaban de la casa, y más de uno salía, no con el botín ansiado, sino con magulladuras y chichones. Y si había tenido éxito en hacer suya la presa, no podía estar de ningún modo seguro de escapar a ulteriores penas con sólo restituirla a los herederos. Si el heredero había adido y tomado posesión de la herencia, todo apoderamiento posterior de las cosas por parte de un tercero constituía un *furtum*. Si el heredero lo descubría, un flagrante delito, era un *furtum manifestum*: si no, un *furtum nec manifestum*. En el primer caso tenía que pagar su intento con el cuádruplo; en el segundo, con el doble del valor de la cosa. Dudo que en los primeros tiempos haya valido la excusa de que se ignoraba la toma de posesión por el heredero [19]. Perspectivas de un rechazo violento, palizas, magulladuras, el *duplum* y el *quadruplum*, responsabilidad por las deudas y por los *sacra*; esa *usucapio pro herede* encerraba verdaderamente grandes riesgos. Gayo la llama *usucapio lucrativa*. Creo que en muchos casos habría merecido más bien llamarse *luctuosa*.

Justamente tal exceso de rigor y peligrosidad parecen haber llevado a que esa *usucapio*, así como otras varias instituciones capciosas del viejo derecho, se tornaran antipáticas para los romanos de épocas posteriores. Gayo nos informa que más tarde se abandonó el criterio de la usucapión de la herencia, limitándola a las cosas hereditarias. Nada agrega sobre la razón de esa enmienda. Cuenta la historia como si las causas del vuelco hubieran sido dudas de orden teórico de los juristas *(postea creditum ipsas hereditates usucapi non posse)*. Esta idea es seguramente tan desacertada como su opinión sobre la causa que implantó la institución.

El desarrollo de la institución había alcanzado así su punto culminante. Fue la edad de oro de la *usucapio pro herede*. En esa forma merecía efectivamente el nombre de *lucrativa*. Siempre que hubiera la posibilidad material de hacerlo, las cosas podían cogerse sin temor alguno, y si al cabo de

---

[19] Es altamente improbable que este tratamiento divergente con relación al error sobre la muerte del testador en *L.* 83 *pr. de furt.* (47, 2) haya encontrado gracia a los ojos de los viejos juristas. ¿Adónde se habría llegado admitiendo tales efugios?

un año el heredero no se las había quitado, el ocupante se había lucrado efectivamente, las había obtenido totalmente gratis. Hasta en los inmuebles se afirmó la prescripción adquisitiva de un año, tomado de la usucapión de la herencia. Este estado de cosas fue el que tuve en cuenta al componer mi elegía sobre el *non dominium* de las cosas [20], y comprenderéis el vivo interés que manifesté allí por la *usucapio pro herede* (pág. 143): en mis años mozos, ninguna otra institución romana me entusiasmó tanto como ésta. ¡Cuánto envidié a los romanos porque podían usucapir *pro herede* y cómo me habría gustado poder hacerlo yo!

Pero en este mundo todo lo bello es efímero.

La degenerada época imperial no podía entender el carácter campechano e ingenioso de la *usucapio lucrativa,* y estigmatizó la apropiación de cosas pertenecientes a herencias ajenas como hurto, aunque dándole otro nombre: el de *crimen expilatae hereditatis.* De ese modo tuvo que decir adiós a la tierra romana, para nunca más volver, una institución cuyo origen se remontaba a los primeros tiempos de la historia y que luego, soportando dos procesos de transformación, había seguido afirmándose con esa fuerza vital perdurable propia de las instituciones romanas.

Un pasaje de Cicerón [21] nos permite constatar otra fase peculiar de la institucion, fase que se desarrolla en el terreno del *ius sacrum.* Respecto a la responsabilidad que tenía el usucapiente de una herencia por los *sacra,* los pontífices habían introducido una disposición, no sabemos si inmediatamente al extenderse la *usucapio pro herede* al derecho sucesorio o más tarde, pero que de cualquier manera data, puesto que Cicerón alude a Coruncanio, de los comienzos del siglo VI de Roma. Dicha disposición, que divergía fundamentalmente de los principios sobre la posición jurídica del heredero que sostenían los juristas, imponía esas cargas al usucapiente únicamente cuando no hubiera herederos, y, si los usucapientes eran varios, sólo al que había usucapido mayor cantidad de bienes. No podemos saber cuáles fueron las razones que determinaron esa medida legislativa. De cualquier manera, se habían dejado de lado los principios seguidos en el derecho secular, porque, según éste, la responsabilidad por las deudas se repartía entre todos los herederos, y cuando ningún heredero había adido la herencia, respondían todos los usucapientes, y no sólo aquel que había usucapido más bienes. Y respondían también cuando los herederos instituidos habían aceptado la herencia, porque también los usucapientes habían devenido herederos. Era indiferente si se era heredero por testamento, ley o usucapión. La normativa de los pontífices que establecía las diferentes clases de personas que respondían por los *sacra,* no decía expresamente que los usucapientes no habían

[20] N.° 1 de los Cuadros de la historia del derecho romano, pág. 137.
[21] CICERÓN, *De legib.,* II C. (19-21).

de responder *juntamente* con los herederos, pero así resultaba del hecho de que se los nombrara *después* de éstos [22].

Esta disposición de que respondiera quien hubiera usucapido más bienes, podía llevar en la práctica a grandes discusiones. ¿Quién era el que había usucapido más? Demostraría no conocer a los romanos quien supiera que con esa normativa los pontífices hubieran querido echarse encima la carga de una prueba que muchas veces no habrían estado en condiciones de aportar y que de cualquier manera habría sido un trámite muy molesto, incómodo y largo. El sentido de la disposición no puede haber sido más que éste: quien era demandado por los pontífices, podía liberarse si probaba que otro había usucapido más que él. Era la *potioris nominatio* que se conoció más tarde en el derecho tutelar, que permitía al que era elegido tutor por la autoridad, designar a otro que estaba, como decimos nosotros, «más próximo al pupilo». Era una exención de responsabilidad, tal como la que se confería en Inglaterra al testigo del rey o al *iudex* en el procedimiento *per quaestionem romano*. Podría llamársela: un premio al denunciante. Se había adoptado así un medio para que salieran a relucir los sucesos ocurridos en la ocupación de las herencias. Uno denunciaba al otro y se trataba solamente de prender a uno, de agarrar el ovillo por algún lado para que se fuera desenvolviendo.

Aunque implantada con miras a los *sacra*, la norma resultó también extraordinariamente beneficiosa para los acreedores. Cada nueva denuncia les creaba un nuevo deudor; y el procedimiento oficial de investigación, como lo llamaremos, que se cumplía ante el tribunal sacerdotal para determinar el paradero de los objetos de la herencia, les proporcionaba el material probatorio con el que podían luego hacer valer sus pretensiones en el proceso civil. Vemos aquí otras de las astutas instituciones del derecho antiguo, de las cuales podría dar muchos otros ejemplos, de infalible resultado y justificación impecable, porque ¿quién podría haberles discutido a los pontífices el derecho de adoptar en el campo de los *sacra*, que les estaba confiado, aquellas disposiciones que juzgaban adecuadas? Y también aquí se perfila, tras la máscara de la indulgencia, una sutil malicia. No se paraban mientes en pequeñeces. Nuestro dicho moderno: «ladroncillos, a la horca; ladronazos, sueltos e impunes», estaba allí invertido: se prendía al ladrón grande y se dejaba escabullir a los pequeños. El que se había apoderado de la mayor cantidad de cosas, debía pagar la cuenta; lo que habían birlado los demás, se incluía en la suya. Pero ¿quién era el que había sacado mayor botín? Eso ponía en acción las denuncias y acusaciones recíprocas.

Aquella normativa pontificia sobre los *sacra* contenía, en su versión nueva, otra disposición más que hasta ahora ha sido tan poco comprendida

[22] En la versión originaria de esa normativa ocupaba el segundo lugar (*si maiorem partem pecuniae capiat*, debiendo completarse mentalmente: *usu*) y en la versión nueva el tercero (con designación más clara: *qui de bonis... usu ceperit plurimum possidendo*); para nuestro fin esta diferencia reesulta irrelevante.

como la que he venido analizando. Colocaba como responsable en cuarto grado a aquel *qui de creditoribus plurimum servet.* No se ha sabido bien qué hacer con esta norma. Es imposible que haya querido ordenar que el acreedor de la herencia que hubiera percibido en el procedimiento de liquidación la suma más elevada (*plurimum servet* en ese sentido), debiera hacerse cargo de los *sacra.* Como todos los acreedores eran pagados a prorrata de sus créditos, el que había percibido más era también el que más había perdido, y de ningún modo podía imponerse los *sacra* a alguien que en vez de beneficiarse había salido perjudicado, obligándole quizá incluso a pagar algo de su bolsillo. Ante este apuro, Savigny propuso una enmienda del texto ciceroniano. En vez de: *qui de creditoribus plurimum servet,* habría que lee: *qui creditoribus plurimum servet* y entender bajo esa expresión al *bonorum emptor* que hubiera hecho a los acreedores la oferta más elevada y recibido por consiguiente la adjudicación de los bienes. ¡Como si la injusticia cometida con los acreedores al aplicar una masa insolvente al pago de los *sacra* pudiera evitarse imponiendo la responsabilidad al *bonorum emptor* quien, naturalmente, tenía en cuenta el importe capitalizado para los *sacra* y lo descontaba de su oferta, haciéndolo pesar así sobre los acreedores, como una traslación de impuestos indirectos!

El asunto es muy sencillo. Imaginemos el caso práctico de una persona fallecida en la antigua Roma, cuya herencia, se preveía, era insuficiente para solventar las deudas, y de la cual, por consiguiente, ningún heredero tomaba posesión. ¿Qué habrán hecho los acreedores? Es seguro que no se habrían cruzado de brazos. Lo correcto habría sido adoptar medidas en común para su seguridad, como podría ser nombrar una persona de confianza (el que fuera más tarde el *magister* del edicto pretorio: *per quem bona veneant.* Gayo, III, 79) encargada de la custodia de la masa y de todos los demás trámites. Pero un acreedor podía tener también la ocurrencia [23] de cuidar sólo de sus intereses y tomar personalmente posesión de las cosas para asegurarse contra contingencias: *servare* [24]. ¿Qué habría de hacer con él la ley? Sin duda desanimarle con la amenaza de un perjuicio considerable. Pero ¿cuál? ¿El de la usucapión de la herencia, como al ocupante común de las cosas sin heredero? No habría sido la medida adecuada, porque el acreedor no había ocupado, si se me permite decirlo así, *pro herede* sino *pro creditore,* no quería enriquecerse con la herencia ajena, sino tan sólo tomar de ella una prenda que el heredero que la aceptara primero tendría que rescatar. No obstante, había que desalentarlo, y de eso se ocuparon los

[23] El caso se menciona en las Pandectas en la *L.* 95, § 8 *de solut.* (46, 3).

[24] El significado técnico de «*servare*» en este sentido es conocido. Recuérdese la *cautio legatorum servandorum causa, la missio creditorum rei servandae causae, L.* 1, *L.* 8. *Quib. ex. c.* (42, 4), *L.* 1, § 9. *Si quis omissa* (29, 4) ...*crediti servandi causa venisse in possessionem,* mientras que la explicación del *servare* que da SAVIGNY no tiene ni el menor asidero en la terminología romana.

pontífices, imponiendo a aquel *qui de creditoribus plurimum servet,* o sea quien había apartado más bienes para su seguridad, la eventual obligación de costear los *sacra.* De ese modo, desde su inatacable posición, el *ius sacrum* había influido nuevamente sobre el derecho civil, que tenía sobradas razones para estarle agradecido. «Si alguno de los acreedores, por un acto unilateral, se apodera de cosas pertenecientes a la herencia de su deudor» rezaba la regla «correrá el riesgo de tener que responder por los gastos de los *sacra.* Si hubo otro que hizo lo mismo, el demandando podrá librarse de esa responsabilidad demostrando que aquél sustrajo una cantidad aún mayor de bienes».

A tal fin, era indiferente si había logrado o no su objeto de ponerse a cubierto a expensas de los demás acreedores. Aun cuando éstos le hubieran quitado todas las cosas de las cuales se había apoderado, quedaba atrapado en el lazo. La regla no decía: *qui servaverit,* sino *qui servet,* es decir, quien se apodere. Lo que ocurría luego, era irrelevante. Por esa razón, tampoco era menester que transcurriera un año, como en el caso de la usucapión de la herencia [25]. ¿Para qué, también? Nada se sabe, en la historia del derecho, de una *usucapio pro creditore.*

Fuera mucho o poco lo que un acreedor hubiera hecho suyo de una herencia, si no podía probar que otro había sustraído más, era responsable, porque si ningún otro había sacado nada, el que hubiera cogido algo por el valor de sólo un céntimo, era *is, qui plurimum servet.* Si otros habían hecho lo mismo, se le abría la comentada vía de la denuncia para desplazar esa carga sobre el que había tomado más. Así, también ese asunto se esclarecía; los acreedores honrados, que se habían abstenido de tomar algo, se enteraban dónde estaban los bienes de la herencia y a qué personas tenían que dirigirse para reclamarlos. Las direcciones se las proporcionaba el tribunal sacerdotal.

Ese influjo del *ius sacrum* sobre el derecho civil, tanto en el caso de la *usucapio pro herede* como en el de la *occupatio* por los acreedores ¿fue una mera *consecuencia,* un efecto reflejo, como acostumbro llamarlos, o fue *intencional,* una *finalidad* que se perseguía? Sobre esta cuestión no quiero trabarme con nadie en una infructuosa polémica. Por mi parte, supongo que fue lo primero, mas como sé que las posibilidades de que esa opinión mía prospere son mucho mayores si confío en el espíritu respondón de la gente y no en su anuencia, sostengo aquí que fue intencional y espero ahora que el próximo que escriba sobre la usucapio *pro herede* me aleccione que no fue así. ¿Por qué no habré tenido antes la buena intuición de abrir el camino a las nuevas ideas que pensaba poner en boga, refutándolas como

[25] Como supone LEIST, erradamente y sin fundamento, en su continuación de las Pandectas de GLÜCK, serie de los libros 37 y 38, parte I, Erlangen 1870, pág. 202.

opiniones insostenibles, formuladas por algún adversario mío? Su triunfo habría sido más fácil.

Mi cigarro se está acabando; por lo tanto, deberé finalizar mi disertación.

Pero aún tengo algo que debo comunicaros, porque confirma directamente mi opinión sobre el carácter capcioso de la *usucapio pro herede lucrativa.* Se trata de la copia de un valioso fragmento de la antigüedad romana, relativo a nuestro tema. Fue descubierto el año pasado, en el Vaticano, en un *codex rescriptus* de la *Septuaginta* (F. 115). En una hoja que contenía el salmo 137, se pudo restablecer el texto básico subyacente, descubriéndose una pieza de una colección mayor de himnos y cánticos en lengua latina. El cántico anotado en esa hoja llevaba el número 34 y el título: *Carmen creditorum debitoris sine herede defuncti.* Una feliz coincidencia ha querido que el texto superior e inferior concuerden en su redacción de tal manera que se podría pensar que el uno está hecho a imitación del otro. Por lo menos, es sorprendente el parecido de los dos primeros versículos, y hasta de la letra, pues el uno cubre al uno, y el otro al otro. Sólo difieren en cuanto el texto inferior es el cántico de júbilo de los acreedores romanos, mientras que el salmo es la lamentación de los judíos cautivos en Babilonia.

Reproduciré los dos primeros versículos del salmo, para que os convenzáis de la coincidencia; he traducido libremente el texto latino, que todavía no ha sido publicado.

"Salmo 137. Lamentación de los judíos en el cautiverio.

1. Junto a los ríos de Babilonia, allí nos sentábamos, y aun llorábamos, acordándonos de Sión.
2. Sobre los sauces en medio de ella colgamos nuestras arpas.

Himno número 34. Cántico de Júbilo de los acreedores.

1. Estábamos en nuestras casas, silenciosos y nos preguntábamos con temor si vendría el heredero a adir la herencia y pagar nuestros créditos.
2. Pusimos nuestros documentos en el arca [26] que es firme, para que estuvieran seguros y los tuviéramos a mano cuando los necesitáramos.
3. Pero ninguno vino para adir la herencia, ni *ex testamento* ni *ab intestato,* porque todos sabían que no había nada que obtener.
4. Ni siquiera aparecía un *bonorum possessor* [27], y ni siquiera la esposa buscó la *bonorum possessio unde vir et uxor*; en nuestras almas se extinguió el último destello de esperanza.

---

[26] Evidentemente una alusión a los *nomina arcaria*: GAYO (III, 131), los distingue de las *litterarum obligationes.*

[27] De ahí se desprende que el cántico data de una época en la que el derecho pretorial ya estaba desarrollado, o sea en el siglo VII u VIII de Roma.

5. Fue entonces cuando apareció el hombre que habría de caer en el lazo [28], que habría de salvarnos de nuestros apuros.

6. Vio en la campiña un arado de nuestro deudor, del muy bellaco [29], que nosotros, astutamente, habíamos dejado allí [30].

7. Y fue del agrado de sus ojos y resolvió apoderarse de él cuando la oportunidad fuera favorable.

8. Y cuando cayó la noche y la oscuridad se extendía sobre los campos, fue y lo recogió y lo ocultó en su establo bajo un montón de heno.

9. Pero el centinela [31] que habíamos apostado perforó con los ojos del ave de Minerva la oscuridad de la noche y nos comunicó lo sucedido.

10. Nosotros escuchamos sus nuevas con oídos bien abiertos y las enterramos en la silenciosa cámara del corazón, como la simiente en la tierra hasta la época de la cosecha.

11. Quietos nos quedamos, sin movernos, hasta que el sol hubo recorrido por el cielo su itinerario anual [32].

12. «Me han robado un arado. Cayo lo ha ocultado en el heno; yo mismo voy a buscarlo, munido de plato y mandil» [33].

13. Así habló el centinela y nosotros le acompañamos como testigos.

14. Y salió a relucir el arado de entre el heno. No era el arado del centinela, que reconoció él mismo su error. «Tú mismo eres el dueño, lo has adquirido conforme a derecho, pues te has convertido en heredero de Estico.»

15. «Tal es la voluntad de la ley» exclamamos todos a coro «eres heredero y por consiguiente deudor; he aquí todos los documentos que acreditan las deudas».

16. «Salve, salve, salve, feliz dueño de la herencia; y felices también, nosotros, que hemos hallado al heredero»."

Así concluye el cántico. Os propongo, señores, que se llame el *Salmo sucesorio* o el *Cantar de los Cantares de la ratonera del viejo derecho sucesorio.*

---

[28] Traducción libre, el texto dice: *cui contiguit in laqueos incidere.*

[29] En el texto: *homo nequam.*

[30] En el texto: *scientes dolo bono.*

[31] En el texto: *speculator.* De esto se desprende que los romanos solían, en ciertos casos, apostar centinelas. En la *L.* 51 de *poss.* (41, 2) se le menciona como *custodia* de pilas de madera.

[32] Evidentemente se refiere al *annus usucapionis*; se advierte la astucia de los acreedores, que dejan la posesión al usucapiente por un año sin impugnársela, para convertirlo en deudor seguro.

[33] Se refiere a la solemne inspección del domicilio en el *furtum lance et licio conceptum,* GAYO, III, 192, 193. También esto encierra una grave malicia. No se podría haber registrado un domicilio para buscar cosas pertenecientes a la herencia, porque su apropiación no constituía un *furtum,* y sólo se podía recabar autorización para registrar un domicilio en busca de cosas hurtadas. Por eso, el centinela afirma que el arado le ha sido hurtado.

Debo a la gentileza de un lector de la revista la noticia de un interesante parangón de la opinión que expuse sobre la finalidad subyacente a la *usucapio hereditatis*. Según el antiguo derecho escocés, quien tomaba posesión de una herencia sin intervención de la autoridad, respondía por todas las deudas del difunto. La información se encuentra en *The life of Samuel Johnson* de James Boswell, tomo 1, pág. 119. Reproduzco aquí el pasaje que me ha enviado dicho lector, y añado una traducción para los lectores que no dominen el inglés.

It was held of old and continued for a long period, to be an established principle in that (Scotch) law that, whosoever intermeddled with the effects of a person deceased, without the interposition of legal authority to guard against embezzlement, should be subjected to pay all the debts of the deceased, as having been guilty of what was technically called vicious intromission.

Desde antiguo y durante largo tiempo, fue un principio establecido en aquella ley (escocesa) que quienquiera se entremetiere en los caudales de una persona fallecida, sin intervención de una autoridad legal que los defienda contra desfalco, está obligado al pago de todas las deudas del difunto, como culpable de lo que técnicamente se llamaba intromisión viciosa.

Era pues el mismo *noli me tangere* referente a la herencia según el antiguo derecho escocés, como supuse que lo conocía el antiguo derecho romano, con la diferencia de que éste exigía, además de la intromisión, que transcurriera un año, o sea que permitía al ocupante entregar a los herederos y acreedores, las cosas de que había tomado posesión, librándose así de responder por las deudas. Esta prueba bastará para mitigar la objeción de inverosimilitud que se pudiera hacer a mi tesis. El antiguo derecho romano ni siquiera ha ido tan lejos como el escocés, pues según éste el ocupante de las cosas hereditarias respondía de inmediato, mientras que en el derecho romano no respondía hasta después de transcurrido un año.

* Esta última parte de la segunda estampa, hasta su final, fue incorporada como apéndice al final de la cuarta edición y se intercala ahora en este lugar por ser el que le corresponde según la advertencia del autor contenida en su prefacio a dicha edición, de 1891, la última publicada en vida suya. *(N. del E.)*

Carta a la dirección[1]

Que si he enmudecido? preguntáis. En verdad, poco falta. Alguien me ha infundido temor, a tal punto que apenas me atrevo a continuar mis charlas en la forma que lo vinimos haciendo. A mis oídos ha llegado la noticia de que en ciertos círculos mis charlas han causado enojo, y hasta poseo de esto un testimonio directo, proveniente de Praga, cuyo autor se empeña cabalmente en decirme las cosas más amargas. Como no da su nombre, y firma con el nombre colectivo de «los que hemos sido hasta ahora los lectores de las *Juristische Blätter*» [1], no puedo comunicarle nada por la vía directa. Por eso, aprovecho esta oportunidad para poner en su conocimiento que no me domicilio en Giessen, a donde dirigió su carta, sino en Gotinga. Si la oficina de correos de Giessen no hubiera sabido mejor que él mi actual paradero, su carta jamás habría llegado a mis manos, y yo no habría sabido qué impresión han causado mis charlas entre «los que han sido hasta ahora los lectores» de vuestra revista. El remitente que en nombre de todos esos lectores toma la palabra tiene ostensiblemente la mejor voluntad de decirme cosas repugnantes y la carta nada dejaría que desear si su gracejo estuviera a la altura de esa voluntad. Después de la muestra que me ha dado, comprendo por qué mis charlas no son de su agrado, pues a mí me pasaría lo mismo si estuviera en su pellejo. Viene a mi memoria la respuesta que dio un individuo ingenioso cuando oyó decir que cierto sujeto dejaba caer siempre la cabeza: Si yo tuviera una cabeza como él, también la dejaría caer. Si yo tuviera una cabeza como la de mi anónimo interlocutor de Praga, el mundo estaría tan seguro de que de mi pluma no saldrían esas charlas como está seguro de que no saldrán de la suya.

[1] *Juristische Blätter*, 1880, ns. 23-27.

Carta a la dirección[1]

Que si he enmudecido? preguntáis. En verdad, poco falta. Alguien me ha infundido temor, a tal punto que apenas me atrevo a continuar mis charlas en la forma que lo vinimos haciendo. A mis oídos ha llegado la noticia de que en ciertos círculos mis charlas han causado enojo, y hasta poseo de esto un testimonio directo, proveniente de Praga, cuyo autor se empeña cabalmente en decirme las cosas más amargas. Como no da su nombre, y firma con el nombre colectivo de «los que hemos sido hasta ahora los lectores de las *Juristische Blätter*» [1], no puedo comunicarle nada por la vía directa. Por eso, aprovecho esta oportunidad para poner en su conocimiento que no me domicilio en Giessen, a donde dirigió su carta, sino en Gotinga. Si la oficina de correos de Giessen no hubiera sabido mejor que él mi actual paradero, su carta jamás habría llegado a mis manos, y yo no habría sabido qué impresión han causado mis charlas entre «los que han sido hasta ahora los lectores» de vuestra revista. El remitente que en nombre de todos esos lectores toma la palabra tiene ostensiblemente la mejor voluntad de decirme cosas repugnantes y la carta nada dejaría que desear si su gracejo estuviera a la altura de esa voluntad. Después de la muestra que me ha dado, comprendo por qué mis charlas no son de su agrado, pues a mí me pasaría lo mismo si estuviera en su pellejo. Viene a mi memoria la respuesta que dio un individuo ingenioso cuando oyó decir que cierto sujeto dejaba caer siempre la cabeza: Si yo tuviera una cabeza como él, también la dejaría caer. Si yo tuviera una cabeza como la de mi anónimo interlocutor de Praga, el mundo estaría tan seguro de que de mi pluma no saldrían esas charlas como está seguro de que no saldrán de la suya.

[1] *Juristische Blätter*, 1880, ns. 23-27.

Si fuera ese hombre solo quien se hubiera escandalizado por ellas, no atribuiría yo tanta gravedad al asunto. Pero de la firma se desprende que son todos vuestros suscriptores de Praga quienes, por su mediación, me han hecho llegar una carta de repudio. Creo que es mi deber no haceros correr el riesgo de perder a todos vuestros suscriptores de Praga, y a otros de igual opinión, continuando con mis charlas. No toméis el asunto demasiado a la ligera. Vuestros suscriptores tienen derecho a que se les suministre semanalmente la comida casera a la que estuvieron acostumbrados hasta ahora y no hay que presentarles nada que no merezca ese nombre. Si queréis, como infiero de las cartas admonitorias que me habéis dirigido, que yo continúe con las charlas interrumpidas, no quedará más remedio que hacer de cada número de la revista una doble edición, una con mis charlas y otra sin ellas, para satisfacer los intereses y los gustos de ambos círculos de lectores de vuestra revista: los que insisten en que se les dé el sustento habitual y los que están dispuestos a variarlo un poco con comidas ligeras. El objeto de la presente es recomendaros encarecidamente, en el interés de vuestra revista, que aceptéis mi propuesta. Una edición doble como la que propongo no carece de antecedentes. Hubo una época en que uno de los más importantes diarios alemanes sacaba dos ediciones de cada número: una destinada a la Austria de Metternich, dócil, mansa e inofensiva, y otra para el resto del mundo, menos tímida y dietética. También se conocen casos de la historia de la literatura en los cuales diversos ejemplares de una misma obra fueron objeto de una impresión distinta según las personas a las cuales estaban destinados. Hubo un autor que deseaba dedicar su obra a varias personas, pero no en conjunto, sino a cada cual por separado. Resolvió este problema en apariencia insoluble haciendo imprimir para cada ejemplar que iba a ser dedicado, una hoja especial con la dedicatoria, en la que aparecía el nombre de la persona a la cual pensaba entregarlo. Era una imitación sensata de la obligación correal en el campo de la literatura, que exigía, sin embargo, para cumplir su objetivo, que ningún *correus* supiera de la existencia del otro, lo que en ese caso no ocurrió. Vosotros no necesitaríais proceder con tanta cautela al publicar la edición doble. Proclamad públicamente la noticia y dejad elegir a cada uno de vuestros lectores según su paladar.

Concluyo así mi comunicación postal. Volvamos ahora al «Pato de Oro» y continuaremos nuestras charlas. Si éstas resultaren tener un tono más grave que las anteriores, deberéis atribuírselo a la depresión anímica que me ha causado la susodicha carta.

Estampa III
Los ricos y los pobres en el procedimiento civil de la antigua Roma

a) [Discriminación entre patricios y plebeyos]

Os sorprende que venga con otro tema en vez del que tenía anticipado para esta nueva entrevista? Os había prometido la segunda pieza de gabinete de mi colección de curiosidades jurídicas: el trampantojo procesal civil. Pero hoy lo he dejado en casa porque temía excederme con la exhibición de curiosidades. Los lectores deben reponerse primero de la impresión que les causó la ratonera. A propósito de esta última, me veo obligado a confesar para mi vergüenza que he sido engañado en lo tocante al himno de júbilo de los acreedores (en el n. 15 de vuestra revista, *in fine*). Según he venido a saber en el ínterin, ese himno es apócrifo desde la primera letra hasta la última. Es una pieza de la Sanchuniathon, Simónides y otros falsarios *, que pueden inducir a engaño a cuerpos enteros de eruditos, como lo demuestra el célebre ejemplo de los monumentos moabitas, ocurrido en los últimos años. Con ese himno, sírvame de disculpa, fueron embaucados también otros. Hubo muchos que se lanzaron a preguntarme [1] dónde se encontraba el original latino, si ya estaba publicado o si había que esperar que Bruns lo convirtiera en patrimonio común del mundo erudito en una nueva edición de las *Fontes iuris Romani antiqui*. Estas consultas me movieron a hacer las averiguaciones que llevaron a dicho resultado desconsolador. Es una lástima. Habría sido grato si hubiera sido auténtico. No penséis, sin embargo, que eso resta valor a mi opinión sobre la *usucapio pro herede lucrativa*. El cántico podría haber sido auténtico, pues tenía verdad intrínseca, y esto vale más de lo que puede decirse de varios ensayos de restauración de originales auténticos incompletos. Puede resistir perfectamente la comparación con muchas restauraciones hechas por eruditos de renombre.

Pero pasemos a nuestro tema de hoy.

«¿Los ricos y los pobres en el proceso civil romano arcaico? —me preguntaréis extrañados—. Nunca hemos oído hablar de eso. ¿Es que en la antigua Roma había un derecho procesal distinto para los ricos que para los pobres? Nuestro beneficio de pobreza ¿se remonta a la antigüedad?» Tenéis razón en sentiros extrañados. Yo tampoco he oído hablar nunca de ese tema. Se trata de un invento mío. Es como el caso de aquel holandés

---

* El autor se refiere a ciertos descubrimientos arqueológicos apócrifos, desenmascarados en aquella época. *(N. del T.)*

[1] ¡Esto no es broma!

que apareció en Karlsbad con una medalla que nadie conocía, llamando la atención de todos. Cuando por último alguien se tomó la libertad de preguntarle qué clase de medalla era aquélla, contestó con orgullo: «*myne eegene inventie*» («mi propio invento»). Vosotros conocéis la fuente de la cual manan mis descubrimientos: mi cigarro histórico-jurídico. Para este tema no habría tenido necesidad de un habano fino; un cigarro común del monopolio real austríaco me habría prestado el mismo servicio. Para hablar con menos metáfora: lo que habré de referiros a continuación es algo que se puede deducir sin gran esfuerzo. No hace falta que uno se rompa la cabeza para descubrirlo; basta una simple meditación. Eso sí, hay que saber leer entre líneas. Explícitamente, nuestras fuentes no dicen nada de lo que pienso inferir de ella. Y como en este punto nadie ha intentado hasta ahora leer entre líneas, el tema susodicho ha permanecido ignoto hasta el día de hoy. Espero colocarlo ahora en el lugar que se merece, de modo que nadie pueda ya dejar de advertirlo. Quiero aclarar que si lo único que me propusiera con este trabajo fuera esclarecer una página hasta ahora ignorada del antiguo proceso romano, quizá titubearía en presentarlo a un círculo de lectores compuesto en su mayoría por juristas austríacos. Pero el interés que presenta es mucho más amplio; lo que he de exponeros es un fragmento de historia romana, una contribución a la historia de la pugna entre patricios y plebeyos.

El terreno en el cual practicaremos nuestra investigación es el procedimiento judicial romano de las *legis actiones*. No me explayaré aquí sobre la peculiar naturaleza de ese proceso, porque tendría que transcribirme a mí mismo [2]. Sabréis seguramente que su esencia estaba en la estricta observancia del principio: *nulla actio sine lege*, o, como lo he llamado en aquella obra, en el peculiar método de citar, en virtud del cual cualquier pretensión debía plantearse ante el tribunal en los mismos términos que había usado la ley al preverla.

Ese antiguo procedimiento tenía, según Gayo (IV, 12), cinco formas diferentes, de las cuales por el momento habremos de considerar, para el fin que nos ocupa, solamente dos: la *legis actio sacramento* y la *per manus iniectionem*. Como no sé si vosotros y vuestros lectores las recordáis de vuestros años universitarios, creo necesario dar alguna información sobre ellos.

Primeramente, veamos la *legis actio sacramento*. Esta era la forma normal del procedimiento (*generalis erat*, como dice Gayo en IV, 13), aplicable siempre cuando no estaba prescrita una forma especial. Su característica peculiar consistía en el *sacramentum*, pena pecuniaria con que cargaba la parte vencida y que ascendía, cuando el objeto litigioso tenía un valor de 1.000 ases o más, a 500 ases, y, si el valor era menor, a 50 ases. Desde el

[2] Remito a mi *Geist des römischen Rechts*, parte II, sec. 22, págs. 631-663 (4.ª ed., Leipzig, 1880).

punto de vista formal, el proceso no giraba en torno al pleito mismo, sino en torno a cuál de los litigantes perdía su *sacramentum*; la sentencia se dictaba: *sacramentum* (Auli Agerii, Numerii Negidii) *iustum esse,* similar a la que se dictaba en el proceso formulario en una acción derivada de una *sponsio praeiudicialis,* en la cual la cuestión litigiosa tenía la forma de una apuesta a concertar entre litigantes, y el juez sólo resolvía en forma mediata, decidiendo cuál de las dos partes había ganado. Pero mientras que allí la suma apostada era asignada a una de las partes y la pequeñez del monto revelaba que su carácter era puramente formal, procesal, el régimen del *sacramentum* era distinto, pues éste no se daba a la otra parte, sino que fluía al erario (Gayo IV, 13: *in publicum cedebat*). En la forma originaria, de la cual el *sacramentum* había tomado su nombre, se destinaba, creo, a las arcas sacerdotales para ser aplicado a fines de culto, lo que Festo [3] atestigua expresamente. A esa noticia Varrón (*De lingua latina* V, 180) añade otra que, a mi parecer, nos permite reconstruir totalmente la forma originaria de la institución: las partes depositaban su *sacramentum* «*in sacro*» o «*ad pontem*», es decir, en el *pons sublicius,* donde tenían su sede los pontífices. Los depósitos se cumplían, pues, ante éstos. Al vencedor se le restituía luego el suyo, en tanto que el vencido lo perdía. Más tarde esto varió. En el procedimiento que contempló Gayo, el *sacramentum* ya no se depositaba al comienzo del proceso, sino que las partes daban por él al pretor una garantía *(praedes)*; por el mentado pasaje de Festo sabemos que, al finalizar el proceso, la garantía dada por la parte vencida era ejecutada por los *triumviri capitales,* encargados de la justicia ejecutiva, y entregada al erario, conforme a la *lex Papiria.*

Casi todos los historiadores del derecho están conformes [4] en que esas dos formas de obtención del *sacramentum,* por depósito inmediato o por ejecución posterior con previa garantía, representan dos etapas distintas en el desarrollo de la institución. No creo necesario, por lo tanto, exponer con mayor detalles las razones que abonan esa hipótesis. Quien sepa algo de la evolución del derecho romano, no dudará de que en un caso en el cual está atestiguada la existencia de dos formas distintas de un mismo instituto, una *sacra* o religiosa y la otra profana o secular, la primera ha de reputarse la más antigua. Desde el punto de vista lingüístico, la misma palabra *sacramentum* delata un significado originariamente religioso. A ello se agrega el dato material de que se la aplicaba para fines de culto y era recaudada por una autoridad religiosa: los pontífices; y se acepte o no mi hipótesis [5] de que la *legis actio sacramento* habría sido, en su forma primitiva, el procedimiento ante el tribunal sacerdotal, las fuentes dan fe, de cualquier ma-

[3] FESTO, *sub sacramentum:* — —.— *consumebatur id in rebus divinis.*

[4] La opinión divergente sentada recientemente por HUSCHKE será tratada más adelante.

[5] En mi *Geist des römischen Rechts,* parte I, págs. 302-307 (4.ª ed.).

nera[6], de que en la época primitiva los pontífices tuvieron gran participación en la administración de justicia y de que el período profano de la jurisprudencia, que se inicia con Coruncanio, fue precedido por un período religioso. De esa época data la forma originaria de la *legis actio sacramento* que podemos llamar la forma religiosa, a diferencia de la que llamaremos *profana* y sobre la cual nos informa Gayo. El adelanto que significó el paso de la una a la otra se manifestó no solamente en el hecho de que el *sacramentum* afluía ahora a otra caja (al erario y no ya al fondo sagrado) y que era otra la autoridad encargada de percibirlo (el pretor y no los pontífices), sino también en el modo de cobrarlo (al final y no al comienzo del proceso). Creo que la opinión dominante no valora debidamente esta última reforma, pues ve en ella tan sólo un cambio en el modo de percepción, pero no en el modo de aplicación. Desde aquella enmienda los ingresos provenientes del proceso *per sacramentum* pertenecieron al Estado, *in publicum cedebat* como dice Gayo, y con esto concuerda el mecionado pasaje de Varrón: *ad aerarium redibat,* con la diferencia de que éste supone —erradamente, a mi juicio— que esto ya ocurría en la época en que el *sacramentum* era percibido por los pontífices, porque el destino que según las reglas religiosas se daba a esas sumas (Festo: *consumebatur id in rebus divinis*), no se compadecía con su ingreso a las arcas del Estado, lo que habría posibilitado su empleo para fines profanos. Por consiguiente, a esa enmienda que transmitió el *sacramentum* de los pontífices al pretor podemos calificarla, usando un vocablo moderno, de secularización de los *sacramenta.*

¿Qué pudo haber movido al Estado a adoptar esa medida? Sin duda no fue el deseo de enriquecerse a expensas de las autoridades religiosas, porque comparados con las ubérrimas fuentes de ingreso con que contaba el Estado romano en el apogeo de la República, los caudales provenientes de los *sacramenta* eran tan insignificantes que no podían hacer caer al Estado en la tentación de violar el derecho de los sacerdotes y usurpar esos fondos. La razón tiene que haber sido otra. Casi podría pensarse que la causa fue un cambio que, según las fuentes, se produjo aproximadamente un siglo después de dictada la Ley de las XII Tablas: la emancipación del derecho de la influencia dominante del colegio pontifical. Cesada esa influencia, no siendo ya los pontífices los depositarios de las fórmulas procesales, decaía también su título legal para cobrar los *sacramenta.* Sin embargo, aunque no niego la conexión entre lo que sucintamente llamaremos la secularización de la jurisprudencia y el cambio en el modo de percepción del *sacramentum,* esto solo no basta para explicar los demás cambios que sufrió la *legis actio sacramento.* ¿Por qué se trocó el sistema del depósito del *sa-*

---

[6] *L.* 2, § 6 de *O. I.* (1, 2) ...*Omnium tamen harum et interpretandi scientia in actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praesset privatis.*

cramentum, que se había practicado hasta entonces, por un simple acreditamiento contra una garantía? Hasta ahora, la historiografía jurídica ni siquiera ha planteado este problema. Se contenta con registrar el hecho sin indagar sus causas. Sin embargo, habría merecido meditación. Espero poder demostrar más adelante que la medida tuvo un significado eminentemente social.

Tengo así reunido todo el material científico necesario relacionado con la *legis actio sacramento.* Pasaré ahora a ocuparme de la *legis actio per manus iniectionem.*

Quien quería discutir una deuda que había sido reconocida con fuerza de cosa juzgada a favor de su adversario o admitida en juicio o contraída bajo la conocida forma del *nexum* ante el *libripens* y cinco testigos (de las cuales formaba parte también el legado *per damnationem*), o, dicho en nuestro lenguaje moderno, una deuda cambiaria, no era escuchado personalmente, sino que tenía que presentar un *vindex,* quien, en caso de ser vencido el deudor, tenía que abonar junto con éste el importe de dicha deuda, en castigo por haber interferido en el derecho del acreedor. Esta fue la forma originaria de todas aquellas pretensiones en las cuales en el derecho posterior, el deudor que había negado la pretensión era penado, si resultaba vencido, con el pago del doble de la suma, en castigo por esa negativa *(ubi lis crescit inficando in duplum).*

La *legis actio per manus iniectionem* tenía pues en común con la *legis actio sacramento* la amenaza de una pena a la parte vencida, con total independencia de su buena o mala fe al discutir la pretensión del adversario. A quien no se le da la razón es culpable y como tal debe ser castigado [7]. Así lo exige el irritado sentido de justicia del adversario, para quien la discusión de su derecho equivale a un intento de privarlo del mismo. Responde también al interés público, porque para la comunidad tiene la más viva importancia controlar en lo posible la sed pendenciera y pleitista, que precisamente en las gradas inferiores de la cultura es inagotable a causa del salvajismo y la rudeza del pueblo, y entraña los más graves peligros para el progreso de la comunidad. La discordia y las reyertas son un mal en toda época y en todo lugar, porque consumen inútilmente energías a las que se podría haber dado un empleo más provechoso, pero en los tiempos que estoy considerando encerraban un peligro aún mayor, porque el fuego de la discordia, una vez encendido, podía propagarse con demasiada facilidad desde el reducido foco de su origen y afectar, además de los implicados directos, también a otras personas, como amigos, parientes y correligionarios, amenazando así con causar un incendio general. En nuestro medio, la regla

[7] He fundamentado detenidamente este pensamiento en *Schuldmoment im römischen Privatrecht,* Giessen 1867, reproducido en mis *Vermischte Schriften,* Leipzig, 1879, págs. 155 y sigtes., especialmente págs. 163-176; *Nachträge über das griechischte und altnordische Recht,* ibídem, págs. 230-234.

nera[6], de que en la época primitiva los pontífices tuvieron gran participación en la administración de justicia y de que el período profano de la jurisprudencia, que se inicia con Coruncanio, fue precedido por un período religioso. De esa época data la forma originaria de la *legis actio sacramento* que podemos llamar la forma religiosa, a diferencia de la que llamaremos *profana* y sobre la cual nos informa Gayo. El adelanto que significó el paso de la una a la otra se manifestó no solamente en el hecho de que el *sacramentum* afluía ahora a otra caja (al erario y no ya al fondo sagrado) y que era otra la autoridad encargada de percibirlo (el pretor y no los pontífices), sino también en el modo de cobrarlo (al final y no al comienzo del proceso). Creo que la opinión dominante no valora debidamente esta última reforma, pues ve en ella tan sólo un cambio en el modo de percepción, pero no en el modo de aplicación. Desde aquella enmienda los ingresos provenientes del proceso *per sacramentum* pertenecieron al Estado, *in publicum cedebat* como dice Gayo, y con esto concuerda el mecionado pasaje de Varrón: *ad aerarium redibat,* con la diferencia de que éste supone —erradamente, a mi juicio— que esto ya ocurría en la época en que el *sacramentum* era percibido por los pontífices, porque el destino que según las reglas religiosas se daba a esas sumas (Festo: *consumebatur id in rebus divinis*), no se compadecía con su ingreso a las arcas del Estado, lo que habría posibilitado su empleo para fines profanos. Por consiguiente, a esa enmienda que transmitió el *sacramentum* de los pontífices al pretor podemos calificarla, usando un vocablo moderno, de secularización de los *sacramenta.*

¿Qué pudo haber movido al Estado a adoptar esa medida? Sin duda no fue el deseo de enriquecerse a expensas de las autoridades religiosas, porque comparados con las ubérrimas fuentes de ingreso con que contaba el Estado romano en el apogeo de la República, los caudales provenientes de los *sacramenta* eran tan insignificantes que no podían hacer caer al Estado en la tentación de violar el derecho de los sacerdotes y usurpar esos fondos. La razón tiene que haber sido otra. Casi podría pensarse que la causa fue un cambio que, según las fuentes, se produjo aproximadamente un siglo después de dictada la Ley de las XII Tablas: la emancipación del derecho de la influencia dominante del colegio pontifical. Cesada esa influencia, no siendo ya los pontífices los depositarios de las fórmulas procesales, decaía también su título legal para cobrar los *sacramenta.* Sin embargo, aunque no niego la conexión entre lo que sucintamente llamaremos la secularización de la jurisprudencia y el cambio en el modo de percepción del *sacramentum,* esto solo no basta para explicar los demás cambios que sufrió la *legis actio sacramento.* ¿Por qué se trocó el sistema del depósito del *sa-*

---

[6] *L.* 2, § 6 de *O. J.* (1, 2) ...*Omnium tamen harum et interpretandi scientia in actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praesset privatis.*

cramentum, que se había practicado hasta entonces, por un simple acreditamiento contra una garantía? Hasta ahora, la historiografía jurídica ni siquiera ha planteado este problema. Se contenta con registrar el hecho sin indagar sus causas. Sin embargo, habría merecido meditación. Espero poder demostrar más adelante que la medida tuvo un significado eminentemente social.

Tengo así reunido todo el material científico necesario relacionado con la *legis actio sacramento.* Pasaré ahora a ocuparme de la *legis actio per manus iniectionem.*

Quien quería discutir una deuda que había sido reconocida con fuerza de cosa juzgada a favor de su adversario o admitida en juicio o contraída bajo la conocida forma del *nexum* ante el *libripens* y cinco testigos (de las cuales formaba parte también el legado *per damnationem*), o, dicho en nuestro lenguaje moderno, una deuda cambiaria, no era escuchado personalmente, sino que tenía que presentar un *vindex,* quien, en caso de ser vencido el deudor, tenía que abonar junto con éste el importe de dicha deuda, en castigo por haber interferido en el derecho del acreedor. Esta fue la forma originaria de todas aquellas pretensiones en las cuales en el derecho posterior, el deudor que había negado la pretensión era penado, si resultaba vencido, con el pago del doble de la suma, en castigo por esa negativa *(ubi lis crescit inficando in duplum).*

La *legis actio per manus iniectionem* tenía pues en común con la *legis actio sacramento* la amenaza de una pena a la parte vencida, con total independencia de su buena o mala fe al discutir la pretensión del adversario. A quien no se le da la razón es culpable y como tal debe ser castigado [7]. Así lo exige el irritado sentido de justicia del adversario, para quien la discusión de su derecho equivale a un intento de privarlo del mismo. Responde también al interés público, porque para la comunidad tiene la más viva importancia controlar en lo posible la sed pendenciera y pleitista, que precisamente en las gradas inferiores de la cultura es inagotable a causa del salvajismo y la rudeza del pueblo, y entraña los más graves peligros para el progreso de la comunidad. La discordia y las reyertas son un mal en toda época y en todo lugar, porque consumen inútilmente energías a las que se podría haber dado un empleo más provechoso, pero en los tiempos que estoy considerando encerraban un peligro aún mayor, porque el fuego de la discordia, una vez encendido, podía propagarse con demasiada facilidad desde el reducido foco de su origen y afectar, además de los implicados directos, también a otras personas, como amigos, parientes y correligionarios, amenazando así con causar un incendio general. En nuestro medio, la regla

[7] He fundamentado detenidamente este pensamiento en *Schuldmoment im römischen Privatrecht,* Giessen 1867, reproducido en mis *Vermischte Schriften,* Leipzig, 1879, págs. 155 y sigtes., especialmente págs. 163-176; *Nachträge über das griechischte und altnordische Recht,* ibídem, págs. 230-234.

es que los pleitos se libren únicamente entre los litigantes; los demás, aunque allegados a las partes, no son afectados. Los procesos de hoy se asemejan a las enfermedades no contagiosas, que no encierran peligro para terceros. Pero en los tiempos de barbarie, las pugnas tenían todavía un alto valor psicológico: en ellas se desfogaba el excedente de energía salvaje. Eran una prueba de fuerza en la que el individuo podía demostrar su valor y su carácter, un duelo que se libraba en presencia del tribunal. En aquellos tiempos en los cuales la principal misión del derecho era todavía domar la porfía del individuo y habituar al pueblo al orden y a la disciplina, las disputas, aun cuando se sujetaban a las formas legales, encerraban un peligro del cual hoy nos cuesta tanto formarnos una idea como de la «peste negra» medieval: el peligro de una epidemia devastadora que se extiende mucho más allá de la casa en la que se originó y puede hacer presa en vastos círculos. Un pleito suscitado originariamente entre dos personas puede así asumir las proporciones de una catástrofe general. Dadas esas condiciones, la tentación de litigar ha menester de un fuerte contrapeso. Las medidas que la ley adopta aquí contra el ánimo pleitista están en la misma línea de ideas que nuestra actual policía de sanidad, que tiende a evitar la propagación de una epidemia, a tal punto que podría calificárselas de medidas de policía sanitaria del proceso civil.

Desde ese punto de vista se explican las penas procesales —pues es así como debe llamárselas para caracterizar su verdadera esencia, y no costas [8]— que encontramos en tantos ordenamientos jurídicos no evolucionados: su finalidad era desalentar a los litigantes; era una pena por haber creado, con el pleito, un peligro para la comunidad. Para que no quepan dudas al respecto, véanse las siguientes normas penales de la Ley de las XII Tablas. La multa por cortar árboles ajenos era de 25 ases; por injurias simples, la misma suma; por fracturas óseas *(os fractum)* causadas a una persona libre, de 300, y a un esclavo, de 150 ases. Pero en un proceso por *sacramentum* cuyo objeto era de 1.000 o más ases, la multa a la parte vencida ascendía a 500 ases, y en la *legis actio per manus iniectionem* incluso a toda la suma adeudada, lo que quiere decir, quizá, muchos miles de ases, sumas que superaban pues todas las multas legalmente fijadas. Para que se aprecie debidamente la fuerza de esas penas, daré como punto de referencia otras dos reglas de aquella época. Una oveja, según la fijación legal de infracciones (multas) establecida por la *lex Aternia Tarpeia* (300 U. C.), valía, en dinero, 10 ases, y un bovino, 100 ases. Las sumas eran probablemente muy moderadas, pero no puede haber habido una exagerada desproporción con el valor dinerario.

Además de ese medio económico para desalentar el pleitismo, el derecho romano conocía un medio moral: el juramento *(iuramentum calumniae)*.

---

[8] Así por ejemplo para el *sacramentum*, GAYO, IV, 13 *poenae nomine*, 14: *poena*.

Admitiréis que los antiguos romanos supieron apreciar debidamente los peligros que implicaban los pleitos para la comunidad y salirles al paso en forma enérgica. Iniciar un proceso en la antigua Roma era una decisión que requería una madura reflexión. Era preferible romperle al adversario un brazo o una pierna o darle de bofetadas y coscorrones. Entonces sólo se pagaba aquella multa de 25 a 300 ases, y el asunto quedaba concluido. Pero en un proceso había más valores en juego. Cuando el objeto tenía un valor de sólo unos pocos ases, el *sacramentum* era ya de 50 ases, y si el objeto valía 1.000, el *sacramentum* era de 500. Y esas sumas había que pagarlas de inmediato y en efectivo. Es este un punto de eminente importancia, que hasta ahora no ha recibido la atención que merecía y que le dispensaremos en lo que sigue.

En lo que toca a la decisión de hacer un gasto, hay indudablemente una gran diferencia entre tener que abonar la suma al contado y en efectivo, y poder postergar el pago para más adelante. Como práctico, estaréis de acuerdo conmigo en que si los clientes, al incoar un proceso, tuvieran que abonar en seguida todas las costas, en vez de los adelantos relativamente módicos que tienen que hacer a su letrado o procurador, más de uno meditaría bien ese paso y probablemente renunciaría a litigar. Son muchos los litigantes que no tienen ninguna noción sobre el monto que pueden alcanzar las costas; les falta conciencia de lo que están arriesgando. ¡Un antiguo romano lo sabía!

Y aún entre el saber y el pagar al contado hay una gran diferencia. Sabiendo solamente cuánto puede costarle, el ser humano se consuela no pocas veces diciendo: ya lo reuniremos más adelante. Es la conocida letra de cambio, que se libra para pagarla en el futuro. Cuando hay que pagar al contado, ese consuelo es inoperante; ahí está el presente extendiendo su mano y no contentándose con la letra. En el antiguo proceso romano, como en las mesas de juego, sólo se pagaba con dinero contante, el importe había que abonarlo al comienzo del proceso y las multas procesales estaban, valga la expresión, a la entrada, y no a la salida del juzgado. Cierto predicador pretendió una vez poner como prueba de la sabiduría y bondad de Dios, el hecho de que hubiera colocado la muerte al final y no al comienzo de la vida humana. En el caso del proceso, uno estaría tentado a apreciar como sabiduría de una legislación el que coloque el pago de las costas procesales al comienzo y no al final del proceso.

¿Que si digo esto en serio? Francamente, no. Cuando se trata de hacer justicia a los diversos aspectos de una misma institución, tengo la costumbre de compenetrarme con parcialidad consciente y deliberada solamente con el aspecto que estoy tratando, de enamorarme de él, como si fuera el único aceptable. Con el siguiente procedo del mismo modo, el anterior queda olvidado (como ocurre asimismo frecuentemente con los amoríos). Entonces estoy seguro de no haber descuidado a ninguno. Así he procedido también

aquí. He resaltado los méritos de una institución romana al punto de que cualquiera que haya seguido mis argumentos debiera creer que yo no conocía nada más perfecto en este mundo. En lo que sigue veréis que no se me han escapado sus desventajas, y pondré mi empeño en esclarecerlas del mismo modo que el lado favorable.

Para tal fin cederé la palabra a un romano del siglo IV de Roma, un plebeyo pobre. Sólo me cuesta unas chupadas a mi cigarro, y helo ahí.

La escena tiene lugar en el foro, donde nuestro héroe comparece ante el pretor junto con un rico patricio, a quien ha citado *in ius*. Mientras el demandante se hallaba en campaña, había muerto su padre, lo que fue aprovechado por su vecino, el ahora demandado, para apoderarse de su fundo. Como se negó a restituirlo, se llegó al proceso. El demandante había expuesto el caso al pretor y se entabla el siguiente diálogo, que apuntaremos colocando lo dicho por el pretor entre comillas, por respeto a su dignidad.

—«¿A cuánto asciende el valor de tus tierras; supera o no los 1.000 ases?»

—Asciende a 1.500 ases por lo menos.

—«Pues entonces, antes de que se declare abierto el juicio, debes depositar quinientos ases en manos de los pontífices. Vé a pagarles esa suma y tráeme el recibo del depósito; entonces daremos curso a tu demanda.»

—Pero me es imposible reunir esa suma. Soy pobre; el demandado me ha quitado todo lo que tenía. ¿De dónde podría sacar ese dinero en efectivo?

—«Eso es cosa tuya. Sin el previo depósito del *sacramentum* no puedo admitir la acción.»

—Pero si mi causa es la más clara del mundo. Los testigos que he traído están dispuestos a jurar que todo lo que he dicho es verdad. Yo no perderé el proceso; lo perderá el demandado y será él quien tendrá que pagar el *sacramentum*.

—«Eso es lo que dicen todos. Por mi parte, no puedo ayudarte; mis manos están atadas. Dirígete a los pontífices, quizá te dispensen del depósito.»

Con esto termina la primera escena. La segunda se desarrolla en el *pons sublicius*, ante el miembro del colegio pontifical encargado aquel año de los asuntos jurídicos. Se está discutiendo el depósito del *sacramentum*.

El actor ruega que se le dispense del depósito, porque no está en condiciones de procurarse esa suma en efectivo.

—«Que seas rico o pobre, no hace diferencia. Nosotros no tenemos en cuenta a la persona; ante la ley sois todos iguales.»

—¡Bonita igualdad! Lo que para el rico es insignificante, es para el pobre un obstáculo insuperable. Es la igualdad que impone a una criatura débil la misma carga que a un hombre fuerte. Esa regla de los 500 ases ha sido inventada por los ricos, para impedirnos litigar a nosotros, los pobres diablos.

—«Guárdate de hablar mal de las leyes romanas, que podría pesarte. Yo sólo puedo aplicar las leyes, no crearlas.»

—Dame crédito por esos quinientos ases. Puedes hacerlo sin riesgo, porque mi pleito no puede perderse.

—«Los dioses no conceden crédito. Ellos quieren el pago en efectivo, y yo no puedo tramar con sus derechos, porque los libros sagrados me lo prohíben. Pero ¿por qué no pides un préstamo por ese importe?»

—¿Quién habría de prestarme? Si poseyera mi herencia, me sería fácil conseguirlo, pero eso es justamente lo que se me ha quitado.

—«En tal caso no puedo ayudarte. Puedes marcharte.»

El pobre hombre se aleja, y por la tarde el humanitario pontífice va a ver al demandado, que es primo suyo, y le informa sobre lo sucedido.

—«Tu adversario no puede reunir el *sacramentum.* Te felicito; puedes considerar ya tuyo el campo. Recuerda que se lo debes sólo a esa sabia institución nuestra que es el *sacramentum.* Por tan buen servicio podrías consagrar al culto uno de tus bueyes más gordos.»

—No habré de escatimarlo. Os mostraré mi agradecimiento; con lo que gano en esto bien puedo inmolar un buey.

Así termina la pieza. El pobre no puede reunir el dinero y el rico se queda con el campo. Es la parábola que narró el profeta Natán, del hombre rico y del corderillo del pobre, que en la realidad romana aconteció no una, sino mil veces.

Para nuestros historiadores del derecho este punto, relativo a cómo se reunía la suma del *sacramentum,* no presenta dificultad por esta regla. El teórico resuelve con gran facilidad los presupuestos a los cuales la ley ha vinculado la existencia o el ejercicio de pretensiones. Las imagina, y ya están. Esto hace recordar lo que dice el salmista: «Porque El dijo, y fue hecho; El mandó, y así fue» (Salmo XXXIII, 9).

Pensar y ser es una y la misma cosa. No hay cerebro humano en el cual la idea de la filosofía de la identidad se cumpla tan expeditamente como en el de los juristas teóricos. ¿Qué le importa a éste cómo han de probarse *in concreto* los presupuestos que él sienta *in abstracto,* y cómo han de percibirse las sutilísimas diferencias que él sabe descubrir en el orden conceptual? Eso es cosa del jurista práctico; que vea éste cómo se las compone; la tarea del teórico es *pensar* las cosas correctamente. El audaz vuelo de sus ideas se vería frenado, arrastraría pesas de plomo en sus pies, si tuviera que preocuparse de cómo sus ideas han de aplicarse en el mundo real [9].

Pero la realidad, lamentablemente, no es tan sencilla. El más bello de los derechos puede fracasar a causa de un mísero presupuesto que el teórico no estima siquiera digno de consideración. Quinientos ases son una bagatela para quien sólo tiene que imaginarlos; mas para quien tiene que pagarlos pueden ser un importe imposible de reunir. Un ejemplo notable de esa ligereza del teórico para dar por sentados hechos reales mediante una simple

[9] Volveré a ocuparme de esto en la última sección de este escrito.

operación mental nos lo ha dado uno de nuestros más eruditos historiadores del derecho —creo que puede llamársele, sin ofender a nadie, el más erudito—: Huschke [10]. Este buen señor ha sido lo suficientemente cándido como para afirmar que el depósito del *sacramentum* no era ni siquiera un requisito legal; los litigantes habrían depositado esa suma voluntariamente «para expresar así su confianza en la justicia de su *sacramentum*». En la Roma que Huschke se imagina, cada cual, hasta el más pobre diablo, tenía siempre en reserva esos quinientos ases para poder depositarlos aun cuando la ley no se lo exigía. A los antiguos romanos, con su conocido desapego por el dinero, no les importaba privarse de los intereses que esa suma podría reportarles. ¿Qué podía importarle esto a un romano, ávido sólo de «documentar la justicia de su causa»? Una insignificancia, igual que el capital. Para el antiguo romano *à lo* Huschke, tener ese dinero era tan fácil como lo es para su creador imaginar esa suma en sus manos.

Para los lectores que tal vez no conozcan el nombre de dicho erudito, añado, para su información, que fue él quien, por vía puramente deductiva, enriqueció a la zoología con el *bovigus*. Es éste un animal desaparecido, del cual tampoco han quedado restos fósiles, pero que tiene que haber existido, porque la razón nos lo dice. En su «Constitución de Servio Tulio» (Heidelberg, 1838), Huschke llega a la convicción de que a las cinco clases de censos deben haberles correspondido cinco animales pertenecientes a las *res mancipi*, de modo que cada clase debió de haber tenido su animal, como lo tuvo cada uno de los cuatro evangelistas. Lo cierto es que los romanos sólo conocen cuatro, pero Huschke no se arredra por eso y le halla remedio inventando el animal que falta, al que introduce, en la página 252, en el círculo de las creaturas reales, tras haber fundamentado la necesidad lógica de su existencia. Hace de él una descripción muy ilustrativa. La razón forzosa de su existencia está en que: «el hombre al labrar la tierra, tenía que caminar al lado del buey, arrearlo y dirigir el arado», pero el hombre, «dada su naturaleza universal, debe ser relevado de ese trabajo físico», porque de lo contrario «la creación salida de la mano de Dios, sería imperfecta». Nuestro autor no se pregunta, lamentablemente, si el hombre, dada su naturaleza universal, no debería haber sido liberado también de las tareas de cortar leña, hacer pan, lustrar botas, etc., por animales creados especialmente para esos fines, ya que de lo contrario la creación habría sido imperfecta. El habitante de la ciudad debe de haber tenido el mismo derecho a esas facilidades que el campesino, y si es verdad que el plan de la creación fue ejecutado a la perfección, debe de haber habido una bonita colección de interesantes animales domésticos que «hacían por el hombre los trabajos físicos». Con el mismo derecho con el cual un campesino podía exigir un animal especial, podían exigirlo el leñador, el panadero o el zapatero. Sea como fuere, el campesino

[10] *Die multa und das sacramentum*, Leipzig, 1874, pág. 441.

era sobremanera feliz de tener un animal semejante «que cumplía por él esos tres movimientos (andar al lado del buey — arrearlo — dirigir el arado), dejándole sólo la dirección intelectual del acto». Ese animal, el *bovigus,* arreaba al buey «lo que hacía probablemente con una probóscibe y colmillos», «sostenía el arado seguramente con una poderosa cola», mientras que el hombre iba montado en el dúctil lomo, expresamente diseñado a tal efecto. En el apéndice (pág. 716), Huschke rectifica la idea de que «conforme al orden perfecto de la creación, el *bovigus* hubiera sostenido el arado con la cola», diciendo que «tras un nuevo examen, creo que esta idea es equivocada, y que antes bien se habrá servido a tal fin de una probóscide», lo que demuestra luego con razonamientos especulativos muy convincentes.

Ahora conocéis lo bastante a Huschke como para no extrañaros si, según él, los romanos, sin que la ley los obligara, depositaban el *sacramentum* voluntariamente. Para quien crea en la existencia del *bovigus,* le resultará un juego de niños creer en esto otro. Mas quien no posea tanta fe, no podrá soslayar las dudas. ¿Cómo podría un antiguo romano haberse desprendido de dinero sin haber tenido la necesidad de hacerlo? Eso no lo habría hecho ni el más rico, aunque sólo fuera para no perder los intereses, que el dinero depositado en el templo no devengaba. Mas ¿qué significan para Huschke los intereses que las partes perderían sin finalidad alguna? — «¿Y qué es Hécuba para él?» *. ¡Y lo que no hay razón de suponer que lo hubiera hecho el más rico, hemos de creer que lo habría hecho hasta el más pobre! Claro; desde aquella altísima región desde la cual Huschke contempla el mundo romano, la diferencia entre ricos y pobres ya ni se percibe, ha sido superada por completo, a las cosas les ha sido quitado todo lo terrenal que les era inherente; allí sólo existen conceptos jurídicos, esos seres iluminados que habitan el más allá jurídico, donde se bañan en purísimo éter. Bienavenurado el espíritu que, contemplándolos, se libra de las preocupaciones y zozobras de este mundo y vive con ellas en el cielo jurídico [11]. ¡Lástima que a veces se olvide su papel para perderse por la tierra y hablar de temas prácticos!

Para hacer justicia a Huschke, debo añadir que también señala otro motivo, no menos original que la citada opinión. Huschke ha hecho el descubrimiento de que las partes, al trabarse en un proceso *per sacramentum,* se consagraban a los dioses y se elevaban así a la categoría de un *homo sacer* (*ob. cit.,* pág. 367). De esa situación habrían querido librarse, para el caso de ser vencidos, depositando inmediatamente el *sacramentum* por adelantado. Era algo que cabía aconsejarles muy seriamente. El *homo sacer,* el forajido desalmado cuyas iniquidades ofendían al cielo y no podían purgarse mediante pena alguna, estaba expuesto a ser muerto impunemente por cualquiera [12].

* SHAKESPEARE, *Hamlet,* Acto II, escena II. *(N. del T.)*

[11] Describiré el cielo teórico-jurídico en la tercera sección de este libro.

[12] Atestiguado expresamente por DIONISIO, II, 10. Mayores detalles pueden verse en mi *Geist des römischen Rechts,* I, págs. 279-287 (4.ª ed.).

Un paralelo de ese *homo sacer* del proceso civil es la nuera romana que ha reñido con su suegra. Dicha nuera, según lo ha descubierto otro de los nuevos eruditos [13], era igualmente una proscrita *(sacra)* y cualquiera podía matarla, de modo que la suegra era la que menos tenía que incomodarse. Me espanta pensar en la suerte de las pobres mujeres romanas: una reyerta con la suegra, y ya eran objeto de la pena máxima. ¡Qué ángel habrá sido la mujer a la que la suegra no pudiera haber llevado a una pendencia! Pero parece que en la antigua Roma las suegras eran totalmente diferentes de las de hoy. ¡Dichosa ciudad! Eso solo habría sido razón bastante para querer vivir en ella, para no hablar de las abundantes reservas de dinero efectivo de que disponían allí todos, aun los más pobres.

Pero dejemos a las mujeres para volver al pobre hombre de nuestro proceso. Creo haber mostrado cuantas dificultades se presentaban a éste cuando quería tomar la vía judicial con la *legis actio sacramento.* Ahora demostraré que lo mismo ocurría con la *legis actio per manus iniectionem.*

En esta *legis actio,* la multa fijada para la parte vencida era tan enorme que un pobre sólo podía arriesgar el pleito cuando estaba completamente seguro de la causa. En el proceso *per sacramentum,* cuando el valor del objeto era de 1.000 ases o menos, arriesgaban sólo 50; en esta otra forma procesal, ya llegaba a tanto cuando la deuda era de únicamente 50 ases. Cuando la deuda era de 500 ases, ya llegaba a la suma máxima del proceso *per sacramentum,* y de ahí en adelante lo superaba. A ello se agregaba otro hecho que tornaba la situación procesal del demandado gravemente desventajosa con respecto a la del actor, mucho más que en el proceso *per sacramentum.* En este último, el actor arriesgaba tanto como el demandado, mientras que en la *legis actio per manus iniectionem* no arriesgaba nada. Si el actor era vencido, su demanda era simplemente rechazada, cuando la igualdad habría exigido que, en castigo por la injusta pretensión, hubiera debido pagar al demandado lo mismo que habrían tenido que pagarle a él el demandado o su *vindex* en caso de ser vencidos. Ningún testimonio expreso nos dice que el acreedor no arriesgaba nada al intentar esa *actio,* pero cabe concluir que así era, no sólo por el silencio que guardan sobre este punto las

[13] MORITZ VOIGT: *Über die leges regiae* (del tomo VII de la *Abh. der philol.-histor. Klasse der königl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften,* n. VI), Leipzig, n. I, páginas 41-45. FESTO ha conservado, bajo *plorare,* el siguiente pasaje truncado: *si nurus... sacra divia parentum estod.* VOIGT ha hecho algo sorprendente: ha llenado esa laguna tomando la palabra *obambulare,* que nos ha conservado y explicado FESTO (PAULO DIACONO), y completando así la oración: *si nurus socrui obambulassit.* Como FESTO define esta palabra como *adversum alios ambulare et quasi ambulanti se opponere,* es decir, encontrarse con alguien, tendríamos, si la restauración de VOIGT fuera acertada, que toda nuera romana que se hubiera topado con su suegra habría estado condenada. La mirada de la suegra habría equivalido a la de una Gorgona o a la de Medusa, y a toda nuera que estimara en algo su vida no podría habérsele aconsejado nada mejor que esquivar a su suegra, precaución que también hoy toman muchas nueras, aunque por razones menos poderosas.

fuentes, sino porque el acreedor, por cuanto solicitaba *como actor* la *condena* del *vindex,* no podía, según los principios del proceso romano, ser condenado él mismo. En el proceso posterior, en el que se condenaba al demandado, en castigo por su negativa, al pago del duplo *(ubi lis iniciando crescit in duplum)* y que sólo era una forma modernizada de la vieja *manus iniectio,* tampoco se condenaba al actor. La posición de las partes era pues, con grave desdén de todos los principios de justicia procesal, sumamente desigual, por cuanto el ataque tenía una superioridad enorme frente a la defensa. Desde el punto de vista práctico, esto equivalía al predominio del capitalista sobre el indigente; el capitalista tenía allanados los caminos judiciales, mientras que el pobre se enfrentaba a obstáculos extraordinarios. Hacer valer bajo la forma de la *manus iniecto* un crédito dudoso o totalmente infundado no encerraba para el acreedor rico el menor peligro; para el pobre, en cambio, era sumamente peligroso discutirlo. En la *legis actio per manus iniectionem,* el disfavor con el que la ley trataba al pobre alcanzó su grado máximo. En el proceso *per sacramentum* se trataba sobre todo de la propiedad, del derecho sucesorio, de la familia, de la libertad, y para esas relaciones había cierto sentido de medida. En las *causae libertatis* se fijaba incluso siempre la *poena* mínima de 50 ases, por alto que fuera el valor del presunto esclavo u hombre libre (Gayo, IV, 14). En la *manus iniectio,* en cambio, que tenía por objeto los intereses de los capitalistas, cesaba todo miramiento. Aquí se nos aparece el usurero romano, aquel vampiro de la sociedad romana, de cuya rapacidad y avidez tanto nos cuentan las crónicas de la época. Fue éste quien hizo confeccionar a su medida la pena del duplo, formando con ella un lazo que ceñía al cuello de su infeliz víctima.

Sólo en un aspecto la posición de los pobres parecía ser más ventajosa en esta *legis actio* que en el proceso *per sacramentum*: no era menester presentar dinero contante y sonante para litigar. Mas esto era pura apariencia, y recuerda el caso de aquel funcionario subalterno que había incluido en su cuenta de gastos de servicio un sombrero que se había comprado en ocasión de asumir sus funciones su nuevo jefe. Este le tachó ese gasto, pero al año siguiente vio que lo había asentado nuevamente. El jefe volvió a tacharlo y advirtió al empleado con energía que en lo sucesivo ese sombrero no debía volver a figurar en ninguna rendición de cuentas. En la rendición de cuentas siguiente, efectivamente, no figuraba.

—Ahora está bien. Por fin ha desistido usted de pretender que se le pague ese sombrero —observó el jefe.

—Oh no, excelencia —fue la respuesta—. El sombrero está incluido, sólo que usted no lo ve.

Así también el dinero efectivo estaba incluido en la *legis actio per manus iniectionem,* sólo que no era visible exteriormente. Sigamos los pasos del deudor en sus intentos de conseguir un *vindex...* y el sombrero pronto aparecerá.

Con ese *vindex* tenía que responder personalmente en caso de que el pleito se perdiera, era natural que pidiera garantías a su cliente. Si el cliente era rico, bastaba su sola promesa. Si se trataba de un patricio pobre, sus parientes o la *gens* le conseguían igualmente un *vindex*. Pero ¿qué hacía el plebeyo pobre? Iba de puerta en puerta, presumiblemente de las casas de personas con fama de jurisperitas, pero por doquiera se le daba la misma respuesta:

—Si no me anticipas ese dinero, no puedo hacerme cargo de tu pleito, porque si el pleito se pierde, yo mismo tendré que pagar la deuda, por haber discutido la demanda del acreedor. Consígueme ese anticipo.

—Pero mi causa es segurísima. No corres ningún riesgo.

—Eso es lo que dicen todos. Es posible que tu causa sea buena, pero ¿quién podrá prever cómo termina? En los tribunales puede suceder cualquier cosa; nos sobran ejemplos.

—Pues te constituiré fiadores.

—Eso no es garantía suficiente. ¿Quieres que, además del servicio que te presto, me vea luego en dificultades para ver cómo recupero mi dinero? Debes comprender que eso no es viable. Pero si tienes amigos que están dispuestos a constituirse en fiadores por ti ¿por qué no te adelantan ellos el dinero?

—Es que ellos tampoco lo tienen.

—Pues bien, por eso tampoco los acepto como fiadores.

El resultado es pues el mismo que en el proceso *per sacramentum*, en el que el pobre no podía reunir los quinientos ases: sin dinero efectivo no es posible incoar un proceso. El principio fundamental de las *legis actiones: nulla actio sine lege*, tiene una contrapartida en este otro: *nulla actio sine aere*.

Os habréis convencido ahora de que la respuesta dada por aquel empleado subalterno: «El sombrero está incluido, sólo que V. Excelencia no lo ve», es aplicable también aquí.

Así pues, también en esta forma procesal el pobre tenía que depositar por anticipado el importe del pleito, con la diferencia —que para el litigante no era diferencia— de tener que entregárselo al *vindex* y no a los pontífices.

No será menester que explique la trascendencia práctica de este requisito. Donde hace falta dinero contante y sonante, quien no lo tenga ni pueda procurárselo, no podrá alcanzar su objetivo; no importa que el pago sea sólo provisorio, que se trate de un simple depósito que luego se le restituirá. Pensemos en las galerías de arte y los jardines de propiedad privada que hay en vuestra ciudad de Viena y que por liberalidad de sus distinguidos dueños están abiertos al público. Si repentinamente se cobrara por la entrada a esos lugares una suma de 100 o más florines, aunque fueren restituibles a la salida, la consecuencia inevitable sería que muchas personas que solían frecuentar aquellos sitios, como la gente pobre y la mayoría de las niñeras, tendrían que renunciar a visitarlos. Si se adoptara una medida semejante,

aunque fuera so pretexto de tener una garantía contra daños eventuales, el verdadero sentido sólo podría interpretarse así: que se busca vedar el acceso a los pobres. En vez de declarar esto sin ambages, se le fija a la entrada un precio que los pobres no están en condiciones de pagar, y esto basta para mantenerlos alejados, igual que los altos precios de los pasajes de primera clase en el ferrocarril o de las hosterías de lujo. Los romanos sabían bien qué significaba poner como condición para la tramitación de un proceso que se poseyera dinero efectivo: para el rico eso no era un obstáculo; para el pobre, uno muy grave. Tal era, afirmo yo, la finalidad de toda la institución: dar en los pleitos ventajas a los ricos sobre los pobres.

¿Pensáis que soy demasiado pesimista? ¡Decidme a mí cómo eran los antiguos romanos! Hace ya cuarenta años que los vengo tratando y creo conocer su mentalidad. A lo largo de toda la Antigüedad resuenan las quejas de los plebeyos por la opresión de que eran objeto por parte de los patricios y por las arbitrariedades de los magistrados pertenecientes a esa clase. En los comienzos de la República, caídos los reyes, que habían sido los protectores naturales de la plebe, la opresión llegó a ser tan insoportable que los plebeyos, desesperados, adoptaron la decisión de abandonar Roma *(secessio in montem sacrum)*, dicho en lenguaje moderno, de declararse en huelga. Dicho sea de paso, fue una de las primeras huelgas que registra la historia. La gloria de haber inventado la huelga no corresponde empero al hombre, sino a los asnos, los cuales, según nos refiere Heródoto, la pusieron en práctica por primera vez durante la edificación de Babilonia. Cuando se les impuso una carga que excedía de la habitual, rehusaron prestar sus servicios, sentando así un precedente que en la historia de la humanidad se ha recordado no pocas veces. El medio surtió efecto tanto en Babilonia como en Roma: los patricios cedieron. Pero el suceso se repitió aún dos veces. Las quejas por la explotación económica de los pobres por los ricos, el rigorismo de las leyes sobre deudas y la arbitrariedad de los magistrados patricios no cesaban. La codificación de las XII Tablas tuvo por finalidad cerrar el cómodo subterfugio que había ofrecido a los magistrados patricios la incertidumbre del derecho no escrito [14], pero les quedó suficiente campo para proseguir el viejo juego. La posición dominante que el colegio pontifical había conseguido en materia de sapiencia jurídica, su monopolio de la ciencia jurídica oficial, la oprimente coerción que de ese modo ejercieron sobre el pueblo, perduró por más de un siglo. Asimismo, la administración de justicia siguió siendo por largo tiempo patrimonio exclusivo de los patricios, y la arbitrariedad con que la manejaron, no obstante la Ley de las XII Tablas, tiene un ejemplo odioso en el flagrante atropello cometido por el decenviro Apio Claudio en el conocido proceso de Virginia.

[14] *L.* 2 § 3, de *O. J.* (1, 2) ...*incerto iure* 4. *Postea ne diutius id fierit, placuit publica autoritate decemviros constitui.* Ver al respecto mi *Geist des römischen Rechts*, II, § 25.

Al comprobar y resumir estos hechos y algunos otros que aquí no menciono para no apartarme demasiado de mi tema, el resumen me muestra un cuadro de la época antigua que no permite dudar que la verdadera finalidad de esas instituciones procesales era la que he apuntado. Quien encuentre una escopeta en manos de un notorio cazador furtivo, no preguntará para qué la tiene. A buen seguro que no será para matar gorriones o tirar al blanco. Y como sé sobradamente de qué calaña eran sus colegas, los cazadores furtivos que infestaban la economía romana, sé también para qué eran las escopetas que guardaban.

Con este parangón ha quedado expuesto el estado de la cuestión que aquí nos ocupa. Ni un solo testimonio de las fuentes ofrece un asidero directo para mi afirmación de que el proceso romano arcaico tenía por finalidad oculta dar a los ricos una ventaja indebida sobre los pobres. Pero así como la prueba de indicios suple la prueba directa en el proceso, lo hace también en la historia. Y lo que acabamos de ver es uno de esos casos de prueba indiciaria.

Hasta ahora sólo he tratado de las cinco *legis actiones* que nos menciona Gayo. ¿Qué cabe decir de las otras tres? Tal vez den el mentís a todo lo que he desarrollado hasta aquí.

Por de pronto, excluyo de mi análisis la *legis actio per condictionem,* para tratarla más adelante. Quedan pues la *legis actio per pignoris capionem* y *per iudicis postulationem.*

Sobre esta última nada podemos aprender del texto de Gayo, porque el manuscrito presenta en este punto una laguna. No queda pues otra vía que la suposición, un campo sumamente atractivo para la agudeza y la facultad adivinatoria del historiador del derecho. ¿Tenéis interés en conocer mi opinión al respecto? Pues ahí va: esta forma procesal no tenía por objeto casos en los cuales se discutía la existencia de una pretensión que el juez tuviera que resolver por «sí» o por «no», sino casos en los cuales el juez tenía que establecer, presupuesta la existencia de la pretensión, el importe de la misma o la forma especial en la cual tenía que realizarse. Por ejemplo: dos coherederos piden una división judicial *(iudicium familiae erciscundae),* o dos copropietarios la división de la propiedad *(iudicium communi dividundo),* o dos vecinos la fijación de los lindes *(iudicium finium regundorum).* ¿Habrán de darle al proceso la forma de proceso *per sacramentum*? Esto significaría que el vencido tendría que pagar una pena de 50 a 500 ases. Pero el caso es que ninguna de las dos partes es vencida, ninguna de ellas afirma algo a la que la otra se oponga, ambos dirigen al juez una misma y única petición: que proceda a dividir. ¿Cómo podría justificarse, entonces, que uno de ellos o, con más justicia, ambos, fueran penados con la pérdida del *sacramentum*? Ya hemos visto que las desventajas procesales examinadas hasta ahora eran verdaderas penas y que ésa había sido también la finalidad de su creación. Aquí era menester otra forma procesal que no fuera la del

proceso *per sacramentum,* y esa forma sólo puede haber sido la *legis actio per iudicis arbitrumve postulationem* [15]. Aun en épocas posteriores, las acciones divisorias llevan preferentemente los nombres de *iudicia* y *arbitria,* guardando así una reminiscencia de la vieja denominación de la acción. El *iudex* o *arbiter* previsto en esta *legis actio* puede por lo tanto ser caracterizado como un juez cuyo pronunciamiento no tenía por consecuencia pena alguna para la parte. No costaba dinero.

Otro caso tomado del derecho arcaico, en el cual indudablemente sólo pudo aplicarse esta forma de acción, es el del *membrum ruptum,* previsto por la Ley de las XII Tablas. La ley disponía: «*ni cum eo pacit, talio esto*». La forma en la cual el actor presentaba su pretensión al tribunal, no puede haber sido la *legis actio sacramento,* porque, dada la naturaleza no patrimonial de esta pretensión, no pudo haber habido ninguna pauta para medir el *sacramentum.* Aun cuando la práctica sustituyó el talón por una multa que debía fijar el juez [16], la acción que se había venido empleando hasta entonces no pudo haber sido cambiada por la *legis actio sacramento,* puesto que las partes tenían un derecho legal a la primera. Creo que esta acción se aplicó también para la pena por hurto, pena que en el derecho arcaico consistía, en el *furtum manifestum,* en la pérdida de la libertad, y en el *furtum nec manifestum,* en una multa igual al duplo del valor de la cosa. Una prueba de ello está, a mi parecer, en la peculiar redacción que presenta la *intentio* de la *actio furti* en el proceso formulario, que no estaba concebido en términos de *dare oportere,* en cuyo caso debería haberse indicado el importe, sino, de una manera indeterminada, en término de *damnum pro fure decidere oportere,* con lo cual se eludía mencionar el importe, lo que habría sido necesario para determinar la suma del *sacramentum.*

Creo que es indudable que el campo de aplicación de esta *legis actio* no se agotaba con lo antedicho. La Ley de las XII Tablas menciona una serie de pretensiones, en las cuales la idea de la *legis actio sacramento* queda de antemano excluida, por ejemplo la *actio pluviae arcendae, de glande legenda, de arboribus caedendis, damni infecti, act, noxalis, de pauperie,* en las cuales, por serles también inaplicables la *legis actio per pignoris capionem* y *per manus iniectionem,* sólo quedaba para resolverlas la *per iudicis postulationem.* En los intentos de restauración de la Ley de las XII Tablas, todos estos casos se hallan en la Tabla VII, siguiendo en la Tabla VIII los deli-

---

[15] GAYO (IV, 12) la llama solamente: *per iudicis postulationem;* en consideración a la fórmula de VALERIO PROBO (§4: *iudicem arbitrumve postulo uti des*), se le da el nombre: *per iudices arbitrive postulationem.* No puede casi dudarse de que estaba destinada también a los demás *arbitria* arriba descriptos, que eran conocidos en el derecho antiguo.

[16] GELIO, XX, 1, § 38: *Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat atque ita... severitas legis ad pecuniae multan redibat.*

tos. Es posible que ambas Tablas tuvieran por objeto el campo de aplicación de la *legis actio per iudicis postulationem,* y que también los *tres arbitri,* de que hablaba esa ley (con un concepto sustancialmente diferente del concepto de *arbitria* del derecho posterior), estaban comprendidos dentro del concepto de *iudex* o *arbiter* de la *iudicis postulatio,* para lo cual la precitada fórmula de Valerio Probo ofrece un apoyo que ha sido utilizado hace ya mucho tiempo. En las Pandectas encontramos las acciones divisorias (Libro X) junto con ciertas acciones *ex delicto* (Libros IX y XI), y de ahí Heffter dedujo agudamente hace ya años [17] su originaria conexión procesal. Esta conclusión tiene sostén en el hecho de que en las Pandectas, como ya se observó [18], los principales casos de aplicación de la vieja *legis actio sacramento* (acciones sucesorias, Libro V; acciones de propiedad, Libro VI; acciones de servidumbre, Libros VII y VIII) preceden a estos presuntos casos de la *iudicis postulatio* (Libros IX-XI), y que les siguen, en los Libros XII y XII, las *condictiones,* es decir, los casos de la *legis actio* más moderna: la *legis actio per condictionem.*

De ahí concluyo que la *legis actio per iudicis postulationem* tenía su campo específico, perfectamente delimitado, y las partes no podían, a voluntad, valerse de esta forma cuando correspondía aplicar la *legis actio sacramento.* De no haber sido así, aun prescindiendo del aducido criterio político-legislativo relativo a las penas procesales (pág. 189), habrían podido privar a las arcas sacerdotales de los ingresos provenientes de los *sacramenta,* lo cual, de más está decirlo, los pontífices jamás habrían tolerado.

Dicha ventaja de la ausencia de penas procesales la compartía con la *legis actio per pignoris capionem.* Ciertas pretensiones facultaban al titular del derecho para embargar bienes con su propia mano. Si el adversario discutía la pretensión, se seguía un procedimiento peculiar, llamado *legis actio per pignoris capionem,* en el cual el embargante tenía que comparecer como demandante a fundar su pretensión y pedir la condena del demandado [19]. También en este caso ninguna de las dos partes sufría una pena procesal en caso de ser vencida. Pero esta ventaja estaba limitada —y esto es sumamente característico— a pretensiones que no eran de carácter privado, sino militar, religioso y publicístico [20]. El rigorismo cedía únicamente en los

---

[17] *Rhein, Museum,* I, págs. 54 y 55.

[18] LEIST, *Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme,* Rostock y Schwerin, 1850, págs. 36 y 37.

[19] Sobre esta opinión, ver mi *Geist des römischen Rechts,* I, págs. 158-162 (4.ª ed.). El acto de secuestro no era una *legis actio,* es decir, un acto procesal; si el dueño de la cosa secuestrada la rescataba, no había lugar a la *legis actio.*

[20] Los casos que cita GAYO, IV, 27-28. Destaco, por ejemplo, el derecho del soldado al cobro de su sueldo (*aes militare*), al forraje (*aes hordearium*), al dinero para comprar un caballo (*aes equestre*), para lo cual se le daba una orden de pago contra personas no aptas para el servicio militar, viudas y pupilos, que de esta manera compensaban su exención del servicio de armas; asimismo, el derecho de los publicanos a los aranceles.

casos en los cuales el interés de la religión o del Estado era sólo mediato; los créditos privados comunes no gozaban de esta preferencia. Esta diferencia en el trato de los créditos nos muestra cuán tendenciosas eran todas las penas procesales. Al particular se le siembran obstáculos en la vía judicial; pero cuando en la realización de una pretensión están interesados la religión o el Estado, la vía es allanada.

Con esto doy fin a mi cuadro del proceso arcaico. Decidid ahora si no estaba calculado para dificultar a los estamentos pobres la acción judicial. Yo, por mi parte, no puedo librarme del convencimiento de que así era. Una desconfianza que ha llegado a serme, por así decirlo, consustancial, me hace barruntar en cualquier norma del derecho romano segundas intenciones, cálculos, arteria, malicia, traición y trampas. La cándida fe con la que un día me arrimé a ese derecho y con que aceptaba las cosas tal como se me presentaban, se ha desvanecido con el tiempo por completo. Ante cada norma que encaro, me pregunto: ¿cuál es su propósito oculto? y normalmente siempre he descubierto que la finalidad era bien diferente de la que parecía tener a primera vista. Estoy considerando enviaros alguna vez un artículo sobre «la malicia en el derecho romano arcaico». Entonces podréis juzgar si mi recelo es o no acertado. En la cuestión que estoy tratando no puedo, lamentablemente, remitirme aún a ese artículo, y tendré que soportar la oposición de los incrédulos que por el momento no puedo desarmar. Sin embargo, quiero contestar ya a dos objeciones con las que debo contar que se me opondrán.

La primera de esas objeciones sería: las costas procesales son elevadas también en otros países, donde no puede afirmarse sin más que el motivo sea aquel al que yo las atribuyo en la antigua Roma, por ejemplo en Inglaterra. En ese país, las costas procesales superan todo lo imaginable. Cuestiones judiciales complicadas pueden agotar toda una fortuna y quien no tenga una bolsa henchida de libras esterlinas, podrá permitirse cualquier lujo, menos un proceso. En Inglaterra, un proceso es un artículo de lujo para los pudientes. Cuán oneroso resulta allí acudir a la justicia, lo prueba una institución que no tiene paralelo en el continente y arroja una luz llamativa sobre la situación inglesa: las asociaciones de socorros procesales para personas sin recursos. Ahora bien, nadie osará afirmar que las elevadas costas de la justicia inglesa tengan por finalidad dificultar a las clases pobres acudir a los tribunales. ¿Cómo se justifica entonces tal afirmación con respecto al antiguo proceso romano? Esta objeción sería decisiva si yo hubiera derivado mi conclusión del mero hecho de que el viejo proceso romano era caro. Pero no es este hecho solo el que aduzco, sino el peculiar terreno de la anti-

---

Este recurso de obligar a las personas no aptas para las armas a contribuir a las cargas de la guerra fue una idea político-social muy sana de los romanos, que ha intentado imitarse, aunque sin éxito, entre nosotros.

gua Roma donde me encuentro con ese hecho, el fondo histórico, el ambiente, todo lo cual me mueve a atribuirle ese sentido. Mi tesis tiene por fundamento histórico la planificada explotación económica de la clase pobre por la clase rica, que los mismos romanos nos atestiguan.

La segunda objeción que se me puede oponer reza: La *legis actio sacramento* era antiquísima y es seguro que no se implantó con intención maliciosa. Desde luego que no. Pero ello no excluye que esa intención haya existido al fijarse el monto del *sacramentum* en la Ley de las XII Tablas, y aún en leyes anteriores. Así como se establecieron sumas de 50 y 500 ases, podrían haberse fijado sumas de 10 y de 50. Si bien el fundamento de esa acción era de naturaleza religiosa, como yo mismo busqué explicar en otra oportunidad [21], ¿qué tenía que ver la religión con el importe? ¿Para qué el depósito previo? ¿Y para qué la obligación de presentar un *vindex* en la *legis actio per manus iniectionem,* para qué esa enorme pena del duplo?

Si la alta onerosidad del viejo proceso romano obedecía a un cálculo deliberado para tornar dificultoso el acceso a la justicia de las clases pobres, es una cuestión que puede quedar abierta. Con tanto más energía afirmo yo que ésa fue su consecuencia.

Formémonos una idea clara de lo que eso significaba. Imaginemos los efectos que las instituciones procesales descritas debieron producir en la sociedad romana. No contemplaremos al individuo aislado, sino el efecto masivo, el efecto que el ordenamiento procesal arcaico tuvo sobre la configuración fáctica del sistema de la propiedad, su influencia sobre la distribución de los bienes; en síntesis, juzgaremos ese ordenamiento desde el punto de vista socio-económico.

En la ruleta, si el juego se prolonga suficientemente, el banquero necesariamente limpiará los bolsillos del jugador (no de algún jugador individual, sino del jugador *in abstracto,* la suma de todos los que se prestan al juego), porque las reglas establecen que la banca tiene una posibilidad de ventaja sobre el jugador (el cero), posibilidad ésta, que, según la ley de los grandes números, tiene que conducir ineluctablemente, si el juego se prolonga, a que las ganancias se vuelquen hacia su lado. El gracejo popular compara el proceso con un juego de azar, pues habla de «ganar y perder» y de «ganar y perder el juego» en una causa, y nosotros, los juristas, sabemos que esta comparación está en cierto modo justificada. En un país en el que la jurisdicción está bien organizada y la magistratura es moralmente intachable, la situación personal de los litigantes carece hoy de interés. Ninguno de ellos aventaja al otro en cuanto a posibilidades de triunfo, ni el rico al pobre, ni el aristócrata al plebeyo. La ley no hace diferencia. El pobre tiene incluso cierta ventaja por cuanto goza del beneficio de pobreza. Cuando la situación patrimonial de las dos partes era sustancialmente la misma,

[21] *Geist des römischen Rechts,* I, págs. 302 p sigtes.

cuando litigaba un pobre con un pobre, un rico con un rico, no había tampoco diferencia en la antigua Roma; no había predominio de una parte sobre la otra; los unos litigaban con armas livianas, los otros con armas pesadas, pero iguales a las del contrincante. Pero cuando litigaban un pobre y un rico, la situación era distinta; aquí las posibilidades eran desiguales, el rico (entendido como clase social) aventajaba al pobre (también entendido como clase social) por el cero de la ruleta, ventaja que el ordenamiento procesal le aseguraba del mismo modo que las reglas del juego de ruleta se la aseguran al banquero. En qué consistía esa ventaja, ya lo hemos dicho. En los casos dudosos, el rico podía aventurarse a arriesgar la suma, no así el pobre, a quien la pérdida del *sacramentum* le pesaba mucho más en el patrimonio. No nos equivocaremos, pues, si decimos: de los casos dudosos, un porcentaje muy considerable constituía el cero del rico.

A este primer obstáculo del juego ante el tribunal se sumaba el del requisito del pago en efectivo. En la mesa de juego romana, como vimos, sólo se jugaba al contado. El rico tiene las sumas necesarias en su bolsillo, mientras que el pobre debe reunirlas penosamente. Si no logra hacerlo, debe renunciar a la idea de jugar. Otro cero a favor del rico.

Para llegar a ese resultado, no era menester ni que los magistrados patricios se mostraran parciales al administrar justicia, ni que los pontífices y juristas a los cuales se solicitaba consejo y patrocinio fueran malévolos, como no es tampoco necesario que la banca haga trampas. La maquinaria procesal estaba predispuesta de tal modo que la consecuencia mencionada tenía que producirse fatalmente aunque las personas que intervenían o colaboraban procedieran plenamente con arreglo a derecho. La falta de ecuanimidad y honradez de la institución suplía la de la persona. Cuando, siendo en lo demás iguales las fuerzas, son desiguales las armas que se reparten, quien tenga las armas peores deberá forzosamente sucumbir, y su adversario triunfar.

Causará extrañeza que las crónicas de los romanos no nos digan nada sobre estos calamitosos efectos del antiguo proceso, comparables a una bomba succionante manejada por la clase rica en desmedro de la clase pobre. Aunque esas crónicas recuerdan muy a menudo la miseria de las clases pobres, la opresión y explotación de que eran objeto por los ricos, y mencionan también los medios que se usaban para esos fines, especialmente la alta tasa de interés y el rigor de la ejecución personal [22], no dicen ni una palabra del papel que tuvo en ello aquel proceso. Si de ahí cabe inferir que esa institución no existía o que el pueblo no tomó conciencia de ello, es una cuestión opinable. Yo, por mi parte, sigo convencido de que ese mal fue advertido cabalmente no sólo por aquellos que sufrían sus consecuencias, sino que fue también por largo tiempo uno de los motivos de queja de la

[22] Sobre las diversas instituciones que servían para oprimir a la clase pobre, entre las que se contaban también éstas, ver mi *Geist des römischen Rechts,* II, § 34.

plebe, que los tribunos convirtieron en objeto de su agitación y de sus peticiones de reforma. He llegado a la conclusión de que en Roma hubo una cuestión en torno a la reforma procesal, suscitada no por motivos técnicos, como entre nosotros, sino por motivos sociales; el resultado fue la reforma del proceso civil. Así toco la segunda parte de mi exposición. El tema es: la reforma del más antiguo de los procesos civiles con miras a facilitar la tutela jurisdiccional para la clase pobre.

Hasta aquí he designado esta contraposición de estamentos en cuyo torno gira el interés de las susodichas instituciones procesales, como contraposición de la clase pobre a la clase rica. Sabréis que esa división no coincidía con la división entre patricios y plebeyos. Ya en épocas tempranas hubo plebeyos ricos y patricios pobres. Pero no creo equivocarme al suponer que, de hecho, los plebeyos pobres fueron los únicos afectados por la presión de aquellas instituciones. El patricio pobre contaba con el apoyo de la *gens,* que lo salvaba del peligro de no poder ejercer su buen derecho por falta de recursos. Creo, por lo tanto, que esa cuestión de reforma procesal fue un problema específicamente plebeyo, y que lo confirma el hecho de que fueran los tribunos quienes se hicieron cargo de imponerla.

Los esfuerzos hechos a tal fin por los tribunos se centraron en dos objetivos: sustituir el pago al contado de las penas en caso de vencimiento por la asunción de la obligación de pagarla, y reducir su monto.

Festo nos ha preservado (bajo la voz *sacramentum*) el nombre de una ley que creó los *triumviri capitales,* funcionarios con la especial atribución de cobrar los *sacramenta.* Era la *lex Papiria* del tribuno homónimo. Se discute mucho qué era lo que disponía esa ley [23]. Lo único que se sabe con certeza es que fue dictada con posterioridad a la creación del cargo de *praetor peregrinus* (507), por cuanto exigía que en la elección popular de los *triumviri capitales* interviniera el *praetor, qui inter cives ius dicet,* que era el *praetor urbanus* [24], de lo que surge implícitamente, por contraposición, que había un *praetor peregrinus.* No os agobiaré enumerando las diversas opiniones y me limito a exponer la mía.

Podrá dudarse si fue la misma *lex Papiria* la que introdujo la asunción de la obligación de pagar el *sacramentum* o si ésta ya se implantó anteriormente y ella sólo creó la necesaria autoridad de aplicación. Yo, por mi parte, me inclino por la primera tesis, porque no concibo que la legislación romana haya podido adoptar una innovación tan extraordinariamente importante como era la sustitución del depósito del *sacramentum* por la asunción de la obligación de pagarlo, sin crear al mismo tiempo las condiciones para

---

[23] La literatura hasta 1867 puede verse en DANZ, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte,* VI, pág. 33; sobre la época posterior, cfr. HUSCHKE, *Die Multa und das Sakramentum,* Leipzig, 1874, págs. 473-479.

[24] Uno de los argumentos para probar la inaplicabilidad de la *legis actio sacramento* a los «peregrinos», es decir, a los que no eran de la urbe.

su funcionamiento preciso. La opinión contraria llevaría a creer que los romanos hubieran dispuesto la sustitución de un sistema por otro solamente en principio, pero aplazando todas las cuestiones relativas a su realización práctica. Una medida semejante habría sido tan incompleta como una ley de prescripción que no indicara plazos.

Llego así a esta conclusión que, por razones de sinopsis, descompondré en las siguientes proposiciones:

1) La *lex Papiria* tenía por finalidad sustituir el depósito inmediato del *sacramentum* por la asunción de la obligación de pagarlo.

Mis precedentes explicaciones sobre lo opresiva que era esa institución para las clases pobres habrán disipado cualesquiera dudas sobre el sentido y la tendencia de esa innovación. Su idea y finalidad era facilitar a las clases pobres la acción judicial; era una medida social, y por eso comprenderéis que yo haya asignado importancia decisiva al hecho de que la iniciativa para su implantación partiera de un tribuno de la plebe. Hay que imaginarse la situación de aquella época para comprender que el estado de cosas anterior resultaba ya insostenible. Según la opinión correcta, el *sacramentum* y la *manus iniectio* no fueron incorporados al procedimiento que se tramitaba ante el *praetor peregrinus*, lo que significa que éste tampoco adoptó el principio de las penas procesales. Se daba la extraña irregularidad de que el romano se encontraba con que un peregrino que quería actuar judicialmente estaba en situación más ventajosa que él; el extranjero recibía mejor trato que el nativo. Esta situación podría cohonestarse señalando que el peregrino no tenía la obligación, como la tenía el romano, de ofrendar a los dioses nacionales el *sacramentum* necesario para el culto. La entrega se justifica por la contraprestación. Los pontífices son los depositarios del saber jurídico que él necesita para sus trámites, y por ese servicio les corresponde un tributo que no piden para sí, sino para los dioses. Eso es lo que un día fueron, contesta Papirio, portavoz de los plebeyos. Pero el monopolio de vuestra ciencia, exclama dirigiéndose a los pontífices, ha sido ya roto; vuestro sistema formulario ha sido publicado hace ya cierto tiempo por Flavio; en nuestros días, Coruncanio (500) ha convertido la ciencia jurídica en patrimonio común de todos. Los tiempos han cambiado y, al romperse vuestro monopolio del derecho, ha perdido también su justificación el *sacramentum* que cobráis. En adelante, le corresponderá al Estado, que reúne las condiciones para administrar justicia sin vuestra ayuda. Y si ese derecho pasa al Estado, queda también eliminado el obstáculo que oponéis a la concesión de un crédito (pág. 189). Los dioses, decía, no conceden crédito; pues bien, el Estado sí lo concede. Presentaré al pueblo un proyecto de ley para que se transmitan los *sacramenta* al erario y se permita así conceder crédito para ellos.

2) El importe del *sacramentum* ya no se fija como antes, al comienzo, sino al final del proceso. El pretor permite que los litigantes presenten garantes *(praedes)* por la suma futura. La posterior fijación y el subsiguiente cobro del importe son llevados a cabo por una comisión de tres personas *(triumviri capitales)*, que el pretor propone al pueblo al comienzo de cada año [25].

El monto del *sacramentum* dependía de la tasación del objeto litigioso, y es lógico que cuando su valor oscilaba alrededor de los 1.000 ases haya habido vivas disputas, ya que una leve diferencia, como podría ser 1.000 ases en vez de 980, hacía saltar ese monto de 50 a 500, o sea que una diferencia de 20 ases en el valor del objeto litigioso significaba una diferencia de 450 ases en el *sacramentum*. ¡Los 20 ases salían en verdad muy caros! Mientras el *sacramentum* fue pagado a los pontífices, fue competencia de éstos resolver esta cuestión prejudicial, y ya fuera que lo resolvieran ellos mismos o lo encomendaran a tasadores especiales, es seguro que habrán cuidado de sus intereses. Por eso, no creo equivocarme al suponer que la tasación del objeto litigioso dio lugar no pocas veces a vivas protestas por parte de los litigantes, y de ahí explico también que Papirio incluyera asimismo ese punto en su moción de reforma. Transfirió a los *triumviri capitales* no solamente el cobro *(exigunto sacramenta)*, sino también la determinación del monto del *sacramentum (sacramenta iudicantoque)*. No se ha sabido bien qué significado dar a esta última palabra y, como no se dio con la explicación más obvia, se echó mano de explicaciones artificiosas e insostenibles [26]. Si se hubiera enfocado el problema desde un punto de vista práctico, se habría advertido que esa cuestión —a saber, si el valor del objeto litigioso era inferior o superior a los 1.000 ases— no se resolvía por sí sola, sino que podía producir disputas muy agitadas entre los litigantes por un lado y la autoridad

---

[25] Este nombre, *triumviri capitales*, parece ser extraño a su función. Se explica porque sus funciones eran originariamente penales, agregándosele más tarde la antedicha. TH. MOMMSEN, *Staatsrecht*, II, pág. 559, reúne ambas clases de atribuciones bajo el concepto de asistencia prestada por los funcionarios superiores, en el cumplimiento de sus funciones judiciales.

[26] Según PUCHTA, *Cursus der Institutionem*, II, § 161 g, se referiría a una asignación al fondo (¡como si después del cobro hubiera habido menester de un *adjudicare* especial!); según DANZ (ob. cit., pág. 373) una resolución sobre si el *sacramentum* «había de considerarse exacto y completo en cuanto a monto, especie, etc.», con lo cual le habría correspondido función judicial a todo cajero. Según HUSCHKE (ob. cit., pág. 478) habrían resuelto hasta sobre las acciones de nulidad. MOMMSEN menciona el *iudicare* (ob. cit., pág. 561, nota 5), sin pronunciarse sobre su significado, y LANGE (*Röm. Alterthümer*, I, 2.ª ed., pág. 759, 1.ª ed., pág. 652) les reconoce igualmente el «ejercicio de una especie de actividad judicial», sin precisarla. KELLER, *Röm. Civilprozess* (aun en la 5.ª ed. de WACH), § 13, no conoce la *lex Papiria*. RUDORFF, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, § 21, 4, considera posible «un pleito con el erario después del vencimiento», sin decir cómo. Efugio cómodo. BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilprozess*, I, pág. 122, calla sobre el *iudicare*.

por el otro. Habría bastado pensar en las controversias que suscitan actualmente las tasaciones para fijar los impuestos sobre los réditos, para comprender que una ley que trae una disposición sobre cobro de un arancel, no puede dejar de establecer quién ha de decidir sobre el monto en caso de desacuerdo. La única duda que podría oponerse a mi concepción es el hecho de que en el mentado pasaje de Festo: *sacramenta exigunto iudicantoque,* el verbo *iudicare* está a continuación del verbo *exigere,* cuando el orden inverso parecería ser el más lógico. Pero esa duda se disipa si se tiene en cuenta que el *exigere* era necesario siempre, mientras que el *iudicare* sólo procedía cuando el valor del objeto litigioso oscilaba en torno a los 1.000 ases. En la mayoría de los casos muy excepcionales en los cuales el valor se movía en torno a dicho tope, y la parte vencida creía tener derecho a pretender que los triunviros le cobraran un *sacramentum* de 50 y no de 500 ases, los triunviros tenían que decidir conjuntamente, es decir, por mayoría, mientras que para recaudar o percibir el *sacramentum* podía actuar uno solo de ellos. Esa decisión se llamaba *iudicium triumvirum* (Varrón, *de L. L.,* IX, 85).

También en ese aspecto la ley de Papirio representaba un adelanto indudable. En lugar de un único pontífice, responsable ante el colegio sacerdotal por negligencia en el manejo de los intereses del fondo [27], colocó una autoridad que estaba totalmente a resguardo de tales influencias.

¿Por qué el *sacramentum* se fijó desde entonces al final, y no al comienzo del proceso, como se hacía antes? Podría pensarse que en ese aspecto se empeoró el sistema anterior, porque antes los litigantes sabían desde el comienzo qué riesgo asumían, mientras que ahora la importante cuestión del monto del *sacramentum* quedaba postergada hasta la terminación del proceso, reinando por consiguiente incertidumbre al respecto. A mi modo de ver, la razón de la enmienda sólo puede haber sido que el verdadero valor del objeto litigioso no podía determinarse en muchos casos hasta después de iniciarse el curso del proceso. Así por ejemplo, si se promovía contra alguien una *hereditatis petitio,* acusándosele de haberse apropiado de bienes de la herencia por un valor muy superior a los 1.000 ases, pero en el curso del procedimiento resultaba que el valor era inferior a esa suma, o si un pretendiente *bonae fidei* de una herencia, en cuyo poder perecen las cosas por caso fortuito, sin culpa de su parte, ve que su posesión global no llega ya a sumar 1.000 ases; o piénsese en la *vindicatio* de un rebaño, en la que el demandado oponía una *contravindicatio* de ciertas cabezas [28],

---

[27] *L.* 2, § 6 de *O. J.* (1, 2) ...*quis quoquo anno praesset privatis.* A esta última palabra debe añadírsele: *iudiciis,* observa acertadamente PUNSCHART en su discurso inaugural como rector: «La decisiva influencia de la legislación de las instituciones de la República romana sobre la significación universal del derecho privado romano», Innsbruck 1880, pág. 14.

[28] *L.* 2 *de R. V.* (6, 1).

con lo que el número de las cabezas a entregar sólo podía determinarse después de la sentencia. Es innegable que respondía mucho más a los verdaderos intereses de los litigantes que el *sacramentum* se determinara una vez concluido el proceso y no al comienzo del mismo, porque así no corrían el riesgo de perder dinero pagando un *sacramentum* calculado según el valor del objeto litigioso originario, cuando el valor del objeto real resultaba ser, al final, mucho menor.

Me ocuparé ahora de la *legis actio per manus iniectionem* para demostrar que en ella se repitió el mismo tránsito del sistema de depósito al sistema de crédito que la *lex Papiria* estableció para el proceso *per sacramentum.*

Esto se logró eliminando al *vindex.* Sólo en dos casos, que menciona Gayo (IV, 5), se mantuvo el requisito, pero permitiéndose el deudor asumir él mismo el papel de *vindex,* es decir, tramitar él mismo el proceso *(manum sibi depellere).* Si era vencido, tenía que pagar, por supuesto, dada su doble calidad de deudor originario y de *vindex,* el duplo de la deuda discutida *(lis inficiando crescit in duplum),* pero gozaba de la ventaja de poder litigar sin contar con dinero en efectivo. Así como gracias a la *lex Papiria* todos, aun los más pobres, podían litigar y vencer sin pagar nada al contado, cuando se planteaba contra ellos una pretensión totalmente ilegítima en un proceso *per sacramentum,* pudieron también hacer frente a una pretensión ejercida en forma de *manus iniectio.* El pobre podía litigar aun careciendo de dinero en efectivo. Esa importante innovación fue introducida, según Gayo (IV, 25), por una *lex Vallia*[29]. Los Valios no figuran en ningún texto como titulares de posiciones eminentes, lo que nos autoriza a buscar a los promotores de esa ley entre la plebe, y a ver en esa ley un plebiscito provocado por un tribuno, e inspirada en la misma tendencia que la *lex Papiria.* A esa medida de carácter general le habían precedido ya leyes especiales, que comenzaron facilitando el procedimiento en ciertos casos. Gayo (IV, 23) nos nombra dos de ellas: una *lex Furia* y una *lex Marcia,* coincidentes en cuanto que ambas tenían por objeto la impugnación de pagos ilegales: la primera el pago de un legado que excedía el tope legal de los 1.000 ases, y la segunda, el de intereses ilegales. Los Furios eran una vieja estirpe patricia. ¿Qué pudo haber inducido a un patricio a morigerar de tal modo el rigor de la *legis actio per manus iniectionem*? ¿Fue acaso la primera manifestación de un sentimiento humanitarista, favorable a las clases más pobres, el despertar de un sentimiento de justicia en los estamentos más altos? Seguro que no. La *lex Furia* no amparaba los intereses de las clases pobres, sino de las clases ricas. A los pobres no había necesidad de imponerles moderación en sus legados. Dicha ley suprimió, calificándolo de superfluo, el *vindex,* que para

[29] Esta forma de leer el pasaje, que fue puesta en duda, ha sido verificada por el último cotejo del manuscrito de GAYO, hecho por STUDEMUND. Ese nombre aparece incluso en inscripciones lapidarias para designar a personas de baja condición.

los pobres fue mantenido hasta la *lex Vallia.* El rico que había aceptado un legado de más de 1.000 ases y al que se le reclamaba ahora el cuádruplo del excedente, podía ahora tramitar su causa personalmente. La misma ventaja concedía al usurero la *lex Marcia.* El pobre del cual reclamaba su crédito, necesitaba un *vindex,* no así el mismo prestamista cuando el pobre le reclamaba la restitución de los intereses ilegales. También esta ley delata la parcialidad de los pudientes. Los Marcios eran, ya de antiguo, una de las familias más acaudaladas y distinguidas de la plebe, que hacían causa común con los patricios [30]. Fueron los ricos quienes establecieron, en su propio beneficio, la *manus iniectio pura;* el *vindex,* cuya finalidad era obstaculizar al pobre la tramitación de un pleito, fue suprimido por considerársele falto de importancia. Pero la innovación trajo una secuela que les fue amarga: la *lex Vallia* hizo extensivo a las clases pobres el beneficio que los ricos habían inventado para sí, quedando así eliminada la ventaja procesal que había tenido el acreedor rico sobre el deudor pobre, y que consistía en las dificultades que tenía el pobre para conseguir un *vindex* (pág. 202). Sólo en dos casos (Gayo, IV, 25) se mantuvo el viejo rigor que exigía un *vindex* hasta el fin del proceso de las *legis actiones.* Con la implantación del proceso formulario se extinguió también este último resabio.

De ese modo la persecución judicial quedó librada también de esa otra carga. Veamos cuál fue el destino final de las penas procesales.

Su subsistencia no fue afectada por haberse modificado la modalidad del cobro. Eran dos exigencias totalmente distintas. El requisito del depósito complicaba el litigio tanto para el inocente como para el culpable; la pena procesal, en cambio, castigaba sólo al culpable, es decir, a quien era cupable desde el punto de vista procesal, el que había perdido el pleito. Se podía facilitar a la parte inocente la acción judicial y, no obstante ello, castigar al culpable. De esta medida los romanos no quisieron prescindir. La pena procesal perduró, bien que en forma atenuada, por largo tiempo, y en algunos de sus aspectos subsistió hasta en el mismo derecho justinianeo.

En el procedimiento de las *legis actiones,* persistió en forma inalterada en la *legis actio sacramento* y en la *per manus iniectionem.* Pero en la primera de éstas, se había atenuado grandemente debido a la progresiva desvalorización de la vieja moneda de cobre y la disminución del valor del dinero, a tal punto que a mediados del siglo VI de la Repúlbica la suma de 500 ases no era mucho mayor que la de 50 ases de la época antigua. El valor efectivo de esa suma, en esos tiempos, equivalía a unos 3 florines o 6 marcos, o sea que 500 ases era igual a unos 30 florines o 60 marcos.

[30] Sobre su adhesión a la causa de los patricios ver TH. MOMMSEN, *Röm. Forschungen,* II, págs. 149 y 150.

Plinio [31] menciona una *lex Papiria* por la cual el as fue reducido a media onza, o sea al uno/veinticuatroavo de su originario peso de una libra, y la forma en que se expresa autoriza a pensar que esa ley se dictó en la segunda mitad del siglo VI de Roma. Esa fue también antes la opinión general [32], mientras que nuevas investigaciones de Borghesi [33] la ubican en el año 665. Ya he pensado si la arriba comentada ley de Papirio sobre el cobro del *sacramentum* una vez finalizado el proceso, citada por Festo, y esta otra, de la que habla Plinio, no serán idénticas. Siéndolo, se descubriría entre ellas una conexión hasta ahora ignorada; ellas se complementarían y se explicarían la una a la otra. La idea de Papirio habría sido facilitar el proceso *per sacramentum* en beneficio de la clase pobre. A tal fin, como primera medida, se posterga el cobro del *sacramentum* hasta después de terminado el proceso, y como segunda, se reduce el valor del as a una suma tan ínfima que la vieja institución podía conservarse en su forma externa, mientras que su función interna, o sea la presión que ejercía sobre la acción judicial, queda prácticamente suprimida. En una época en la que el valor intrínseco del dinero había disminuido notablemente debido al enorme aumento de la riqueza nacional y la introducción del patrón plata (a fines del siglo V), la reducción del as a uno/veinticuatroavo de su peso originario, significaba que el valor del *sacramentum* se reducía a mucho menos de esa fracción.

Esto explica no solamente que el viejo proceso *per sacramentum* fuera conservado, pese a haberse comprendido la necesidad de su reforma, y se lo dejara subsistir para los trámites ante el tribunal centunviral aun después de implantado el proceso formulario, sino también por qué la moneda de cobre, prácticamente relegada a segundo plano con la implantación de la moneda de plata, fue objeto de una desvalorización que no admitía comparación siquiera con la que fue menester adoptar durante la guerra púnica, cuando imperaba una necesidad extrema. Mi tesis ofrece una explicación práctica plausible de esta medida monetaria y también redondea la explicación de la reforma procesal papiriana constatada por Festo, y la esclarece. Hasta el hecho de que su autor haya sido un Papirio es significativo. Fue también un Papirio el que sustituyó (324) la *multa* afín al *sacramentum* (la multa disciplinaria por resistencia a órdenes de la autoridad), consistente en ovejas y bovinos, por una suma de dinero (10 ases por una oveja y 100 por un bovino). Y como en la historia romana sucedió no pocas veces que los miembros de una familia recogieran una idea legislativa feliz tenida por uno de sus antepasados (por ejemplo los Valerios, Liv. 10, 9 *tertio*...

[31] *H. N.* 33, 46 (ed. Bipont. 33, 13): *mox lege Papiria semunciarii asses facti.* Antes 33, 45) había nombrado la ley que, en la época de la segunda guerra púnica (537), redujo el as a una onza. Según PLINIO, la ley debe por lo tanto de haberse dictado en el siglo VI.

[32] MARQUARDT, *Röm. Staatsverwaltung*, tomo 2, Leipzig, 1876, pág. 17, nota 4.

[33] Según MARQUARDT, ob. cit.: «con seguridad».

lata est semper a familia eadem), también en este caso un Papirio del siglo VI puede haber tomado como modelo a un antepasado suyo del siglo IV para dictar su medida procesal fiscal.

El viejo proceso *per sacramentum* aparecía así extrínsecamente inalterado, pero intrínsecamente su mudanza era total. Era una de tantas instituciones romanas que continuaban vegetando, cuando en el fondo y en la práctica ya estaban abolidas.

Ya antes se le había quitado un importante campo de aplicación que podríamos llamar el de la obligación común (para diferenciarla de la obligación privilegiada *per manus iniectio*). El crédito emergente de un mutuo ordinario, es decir, no revestido de la forma del *nexum,* tenía que hacerse valer anteriormente por la vía de proceso *per sacramentum,* igual que los créditos emergentes del *dare* de una *res carta.* En ese aspecto ya en la época de las *legis actiones* se produjo una considerable simplificación, tomada, a mi juicio, del comercio jurídico internacional, donde no se conocían las penas procesales, adoptándose la forma de la más moderna de esas acciones: la *legis actio per condictionem.* La primera en implantarla fue una *lex Silia* de créditos dinerarios (Gayo, IV, 19): no solamente para el mutuo, sino para los créditos dinerarios de toda clase en los cuales el actor reclamaba una suma exactamente determinada *(certa pecunia),* lo que podía y tenía que hacer originariamente incluso en aquellos contratos sobre la base de los cuales se concedió más tarde, desde que fueron demandables los *contractus bonae fidei,* una acción para reclamar una suma indeterminada de dinero *(incertum: «quidquid dare facere oportet»)* [34].

Una *lex Calpurnia* (Gayo, IV, 19) extendió la innovación a todos los créditos dirigidos a obtener un *certum,* especialmente a estipulaciones por las cuales se había obtenido la promesa del *dare* (no el mero *habere licere,* como en la compraventa) de una *res certa,* es decir, de un objeto individualmente determinado o de una cantidad de cosas fungibles. Aunque en estas acciones, como en todas las del proceso formulario, con excepción de las acciones prejudiciales, la sentencia del juez debía tener por objeto una suma de dinero, el actor mismo no tenía obligación de indicar el monto en la

[34] Tal es la explicación que tiene la conocida *L.* 9 pr. de R. Cr. (12, 1. *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex certum petitur, sive ex certo contractu* (por ej. *mutuum*), *sive ex incerto* (por eje. compraventa, sociedad, mandato); *licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio.* De esto las fuentes dan muchos ejemplos, ver por ejemplo, § 1 *ibid.* y § 8. *J. quod cum eo* (4, 7) *...quod iussu patris dominive contractum fuerit.* Eligiendo en un caso así la *condictio,* privaba al adversario de la posibilidad de hacer valer sus eventuales contrapretensiones en el mismo procedimiento, pero por su parte renunciaba a la liquidación de sus intereses (especialmente los moratorios) y se exponía al peligro de una *plus petitio,* es decir, a la pérdida de toda su pretensión, si había incurrido en la más ligera exageración, en otras palabras, la relación se juzgaba entonces para ambas partes según el *ius strictum,* al entablarse la acción contractual según los principios de la bona *fides.*

demanda, sino que encomendaba su estimación al juez mediante las palabras *quanti ea res est.*

Los padres de esas dos leyes eran plebeyos, tribunos de la plebe cuando presentaron sus respectivas mociones. Comprenderéis por qué recalco esta circunstancia. Ella sirve de sostén a mi afirmación de que sus medidas perseguían la misma finalidad que las promovidas por sus colegas Papirio y Valio: facilitar la acción judicial a las clases pobres.

Esto es indudable en lo que respecta a la *lex Calpurnia,* pero discutible en lo que toca a la *lex Silia.* A propósito de la *condictio certae creditae pecuniae* del proceso formulario, creada a imitación de la *legis actio per condictionem,* Gayo habla en tres pasajes (IV, 13, 171, 180) de una pena de vencimiento consistente en un tercio del valor de la demanda, que ambas partes tenían que aceptar, al comienzo del proceso, mediante *stipulatio* y *restipulatio.* Gayo no dice que esa pena haya sido instituida por la *lex Silia,* pero es muy probable que lo fuera [35]. Sin embargo —y esto es muy importante—, dicha pena no era, como generalmente se supone, obligatoria. (Gayo (IV, 171) se vale de una expresión de la cual se infiere que la pena podía, pero no tenía que añadirse: *sponsionem facere permittitur* por lo que las partes habrían tenido libertad para pedir la *sponsio* o renunciar a ella [36]. Respecto de la *legis actio sacramento* y la *per manus iniectionem,* en las que esa pena era un requisito inderogable, esta acción representaba, de cualquier manera, un adelanto [37]. Si se la compara con la segunda de las nombradas, esto vale incluso para el monto de la pena, que fue reducida, del importe total de la deuda, a un tercio de la misma. Otra ventaja era que el actor corría, en caso de ser vencido, el mismo riesgo que el demandado; el riesgo era, pues, para ambos, y no para uno solo. Se eliminaba así la iniquidad del viejo derecho, que penaba únicamente al deudor, pero dejaba indemne al acreedor rechazado. El equilibrio quedaba restablecido. Con la *condictio ex lege Calpurnia,* el proceso de las *legis actiones* salta sus propios confines, es decir, abandona su base, que es la pena procesal. Dicha *condictio* es el punto que conduce al proceso formulario, basado en la ausencia de penas. Este cuadro que contrapone así los dos sistemas procesales chocará seguramente con oposición enconada. Pero tal vez las consideraciones que haré a continuación sirvan para abrir el camino a mi tesis.

---

[35] BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.,* I, pág. 153, nota 18.

[36] De manera similar al procedimiento interdictal *cum periculo* (con un añadido penal), que describe GAYO (IV, 162-165), en el cual el demandado tenía libertad para elegir entre la forma más rigurosa (*cum periculo*) y la más leve (*sine periculo*): *modestiore via litigare,* como dice GAYO (IV, 163).

[37] PUNTSCHART, *ob. cit.* (pág. 71), atribuye, a la inversa, esa acción al hecho de que la desvalorización monetaria hizo necesario un aumento de la pena procesal. Eso equivale a decir que la acción judicial habría sido dificultada, lo cual, vista la evolución que hemos comprobado, no es cierto.

También el proceso formulario conoce una gran variedad de penas procesales. Algunas de ellas fueron tomadas del procedimiento antiguo, siendo modificadas sólo en cuanto a la forma, como, por ejemplo, la pena del duplo por resistencia a ciertas pretensiones, para las cuales se contaba antes con la *manus iniectio*; la *sponsio tertiae partis,* en la *condictio certae pecuniae;* la *fructus licitatio* del proceso posesorio (Gayo, IV, 166-170), que vino a sustituir la vieja pena del pago del *fructus dupli,* que se imponía al poseedor que era vencido en el proceso de reivindicación. También se crearon otras nuevas, o de las que al menos no sabemos que hayan existido en épocas anteriores: la *sponsio* penal en el procedimiento del interdicto (Gayo, IV, 162-165), la pena de un quinto y de un décimo en el *contrarium iudicium* (Gayo, IV, 177, 178), el *iudicium calumniae* (Gayo, 175, 178), la *sponsio dimidiae partis* en la *actio de pecunia constituta* pretorial (Gayo, IV, 171). Todos estos ejemplos prueban que la idea primitiva de que el vencido en un pleito merecía pena, no fue abandonada tampoco en la época posterior. No obstante, creo poder mantener mi afirmación. Entiéndase bien. No pretendo sostener que la pena procesal haya sido extraña al proceso formulario. Pero allí no fue, como en el proceso de las *legis actiones,* un elemento sustancial, una institución orgánica del proceso. Lo decisivo, a mi modo de ver, es que la pena era extraña a la *fórmula.* Fuera de las acciones creadas según el modelo de la *manus iniectio,* que preveían la pena del duplo, la pena tenía que ser añadida ostensiblemente por un acto especical o solicitada por una demanda también especial, que se promovía junto con la principal. En la *legis actio sacramento* y en la *per manus iniectionem* la pena era inherente a las mismas; ambas comprendían al mismo tiempo la pretensión principal y la pena.

Aun el rigor de las penas —siempre prescindiendo de las recién mencionadas reliquias del viejo derecho —está considerablemente atemperado en el procedimiento formulario. Los montos son menores (1/10, 1/5, 1/3, 1/2), ninguna llega ya al *duplum* que conoció la época anterior, e incluso, el tope puede quedar al arbitrio de las partes, como en la *fructus licitatio,* en la que cada litigante puede ofrecer lo que le plazca. Hasta es posible soslayar la pena totalmente: la de la *sponsio tertiae partis* en la *condictio certae pecuniae,* de la *sponsio dimidiae partis* en la *actio de pecunia constituta* (Gayo, IV, 171: *sponsionem facere permittitur*) y la exclusión del procedimiento *cum periculo* por el *sine periculo* en los interdictos (Gayo, IV, 162-164). Además, ahora es considerada en ciertos casos la culpa, desatendida por completo por el viejo derecho. El *iudicium calumniae* que el demandado absuelto puede promover contra el demandante rechazado, exige como condición la prueba de que hubo injusticia deliberada (Gayo, IV, 178), y los herederos, mujeres y pupilos, cuando son demandados, se libran con el solo *iuramentum calumniae* mientras que otros deben celebrar una *sponsio* penal (Gayo, IV, 172).

En mi opinión, el origen más remoto del proceso formulario está en el procedimiento celebrado ante el *praetor peregrinus* [38], y su implantación no fue más que la adopción del procedimiento creado para satisfacer las exigencias del comercio jurídico internacional, con las modificaciones que hizo necesarias la conexión con el viejo proceso romano. Si tal opinión es acertada, se explica también la actitud radicalmente distinta que esa forma moderna adoptó con respecto al problema de la pena procesal. El comercio internacional no conocía la pena procesal como principio básico. Cuando resultaba imprescindible aplicar penas por delitos privados, el *praetor peregrinus* tenía que tomarlas, por vía de ficción, del derecho civil romano (Gayo, IV, 37). En ninguna de las acciones que el peregrino podía promover en Roma, por ejemplo las *bonae fidei actiones* en materia de obligaciones, o la *in rem actio per petitoriam formulam,* en materia de propiedad, puede hallarse el menor vestigio de una pena procesal. Por eso, creo poder sustentar esta afirmación: así como en el proceso de las *legis actiones* reposaba, en su estructura originaria, sobre la base de la pena procesal, la estructura fundamental del proceso formulario descansaba en la ausencia de penas. Así como la primera afirmación no se refuta alegando que la *legis actio per iudicis postulationem* y la *legis actio per pignoris capionem* no contenían penas, tampoco puede oponérsele a la segunda los mentados casos de penas procesales en el proceso formulario. Eran excepciones que no desvirtuaban la regla general. Por último, resta señalar que el derecho justinianeo eliminó todas las penas procesales provenientes de la época clásica y subsistentes en el proceso formulario, entre las cuales figuraba la de la *pluspetitio* y mantuvo sólo algunos restos insignificantes que pueden hallarse en cualquier compendio (por ejemplo Arndts, *Lehrbuch der Pandekten,* § 252).

Ahora podemos despedirnos hasta la próxima. Nuestra reunión de hoy habrá cumplido su finalidad si he podido daros la oportunidad de contemplar el antiguo procedimiento romano desde un ángulo distinto, si me es lícito agregar, más provechoso que el que permite adoptar el estado actual de nuestra literatura. Si he logrado mi propósito, la imagen de aquel pobre que tenía que luchar con armas tan desiguales contra el patricio o el plebeyo rico, os acompañará camino a vuestra casa. En lo que a mí respecta, aun podría soñar con él. Si antes de acostarme fumo todavía uno de mis consabidos cigarros, se me aparecerán en sueños dos cuadros: el del pobre que es perseguido, escarnecido y explotado por el rico, quien por su parte cuenta con la ayuda solícita de la ley, y el de los cuatro tribunos de la plebe, Papirio, Valio, Silio y Calpurnio, que, con sus propuestas de reformas legislativas, ponen fin a esa situación.

Para finalizar, completaré estas consideraciones retrospectivas con una mirada hacia el futuro, con una profecía que me incumbe también a mí.

[38] Fundamentaré esto en otra parte.

Se trata de una tesis doctoral. Su título reza: *Refutata Jheringii opinio asserentis aliam fuisse in legis actionibus conditionem pauperum quam divitum.*

Si el autor prefiriera valerse de la lengua alemana, le recomendaría, ya que no podrá usar el título que usé yo (Los ricos y los pobres en el proceso civil de la antigua Roma), que ponga el siguiente: *La presunta tendencia plutocrática del proceso de las legis actiones, refutada por su falta de fundamento, por el Dr. Sabihondo.* De esa manera el tema tendrá una adecuada designación, atendido su carácter universitario, y hasta las facultades podrían servirse de ella para la adjudicación de un premio. Admitiréis que es un tema hermoso y que tiene además la ventaja de ser nuevo, lo que no puede decirse de la mayoría de las tesis doctorales. ¡Qué lástima que yo ya haya escrito la mía! ¡Cómo podría refutar una opinión carente de asidero alguno en las fuentes! Con esto queda dicho todo, porque lo que no está atestiguado por las fuentes, es un producto de la pura fantasía, en este caso, de una narcosis tabacal producida por un cigarro histórico-jurídico. Me consuelo pensando que si bien no estoy en condiciones de escribir una tesis doctoral, por lo menos puedo ofrecer un material aprovechable para tal fin. Aunque una opinión nueva de mi cuño nunca haya tenido éxito, siempre hubo un éxito seguro: su refutación. Y está bien que así sea, porque ¿de qué vivirían, caso contrario, aquellos señores que no saben elaborar una opinión propia?

b) Origen del proceso *per sacramentum.* Los juicios de dios *

espués de publicada la primera edición de este escrito, me he formado sobre el origen del proceso *per sacramentum* una opinión nueva que paso a exponer aquí. Partiendo del hecho de que originariamente tuvo un significado religioso, como lo corroboran el mismo nombre de *sacramentum,* el depósito del dinero de vencimiento en manos de los pontífices y la aplicación de esa suma a fines religiosos, creí que esa relación podía probarse por la institución del juramento [1], pero más tarde [2] abandoné esa idea y pensé que la explicación estaba en el hecho de que los pontífices, en su calidad de doctores de la ley antigua, tenían por misión resolver cuestiones jurídicas complicadas, y que el *sacramentum* constituía

* Este capítulo y el siguiente fueron incorporados como apéndice al final de la cuarta edición de la obra (1891) y se intercalan ahora en este lugar por ser el que les corresponde, como segundo y tercer capítulos de la tercera estampa, según la advertencia del autor contenida en dicha cuarta edición, la última publicada en vida suya. *(N. del E.)*

[1] Ver mi *Geist des röm. Rechts,* tomo I, 1.ª ed. (1852, págs. 262 y sigtes.).

[2] Segunda ed. de la obra mencionada (1866), pág. 297, y asimismo las ediciones posteriores.

un arancel por sus servicios, que se destinaba al fondo sacerdotal. Sostuve que el *sacramentum* compensaba a los dioses por el tiempo que el pontífice dedicaba a la resolución de pleitos, sustrayéndolo a sus funciones específicas. Pero me veo obligado a abandonar también esa tesis. Por de pronto, la relación aducida es muy remota, y se funda únicamente en la casual circunstancia de que el juez era al mismo tiempo sacerdote. Además, el importe extraordinariamente elevado del *sacramentum,* que ascendía a 500 ases cuando el valor del objeto litigioso era de mil ases para arriba, no se compadece mucho con la idea de un arancel judicial. Si se tiene en cuenta que, cuando se tradujeron en dinero las cabezas de ganado que primitivamente debían pagarse, el valor de un bovino se fijó en 100 ases, y una oveja en 10, que la multa por fractura de un hueso era de 300 ases, y de sólo 150 si la víctima era un esclavo, y por injurias y corte de árboles sólo 25, resulta inimaginable que un arancel judicial haya podido fijarse en 500. Ahora creo haber resuelto por fin este enigma, que por dos veces intenté resolver en vano. La explicación es: el proceso *per sacramentum* pasó a ocupar el lugar de los juicios de dios de la época primitiva, y el *sacramentum* era una compensación que se pagaba a la deidad por habérsela privado de la jurisdicción que le competía. El *luere in corpore* era reemplazado por el *luere in aere.*

Los juicios de dios * eran una vieja institución aria, que encontramos en las tres ramas en que luego se dividió el tronco ario primitivo: los indos, los iranios y los indoeuropeos [3]. Pero mientras que en cuatro de los pueblos indoeuropeos: los griegos, los celtas, los germanos y los eslavos, la institución se mantuvo aún estando ya avanzada la edad histórica, los romanos la abandonaron ya en la época prehistórica [4]. Su abolición fue un acto digno de un pueblo cuya vocación era el derecho, una de sus proezas más colosales, porque significaba no solamente una ruptura completa con el pasado, al cual los romanos en otros aspectos se aferraban tan medrosamente, sino más que nada porque presuponía liquidar una institución religiosa: era la hazaña de Hércules en la cuna. La convicción de que esos juicios eran engañosos debe de haber sido muy firme en el pueblo para que pudieran apartarse los temores y las dudas que pudo traer consigo tal medida. Significaba nada menos que quitar a los dioses la investidura judicial de que habían gozado hasta entonces, o sea una intromisión en los derechos divinos. ¿Cómo

---

* Escribimos aquí la palabra «dios» con minúscula por referirse en el texto siempre a una deidad pagana. *(N. del T.)*

[3] La prueba de esto puede verse en la altamente instructiva investigación de A. Krägi: *Alter und Herkunft der germanischen Gottesurteile* en la *Festschrift zur Begrüssung der XXXIX. Versammlung deutscher Philologen und Schulmänner,* Zürich, septiembre de 1887.

[4] Krägi cita un testimonio de Acron, relativo a la aplicación del consagrado bocado a los esclavos que tenían que purgar una sospecha de hurto. Esto prueba solamente una costumbre popular de épocas posteriores atribuible al contacto con otros pueblos de los cuales la tomó el vulgo romano.

podían los pontífices, representantes de esos derechos, dar su consentimiento a tal profanación?

La respuesta es: la jurisdicción divina no fue abolida, sino sustituida, y no mediante una medida de carácter general, sino en cada caso que se presentaba. Tal era la finalidad del *sacramentum,* pena de vencimiento consistente en animales destinados a la inmolación. Cuando el valor de la cosa era de 1.000 ases o más, se daban cinco vacas, y si era de menos de 500, cinco ovejas. Esto le convenía más a la deidad que los dolores y las heridas que el vencido sufría en el juicio de dios. Festo nos refiere que en cierta época hubo en Roma escasez de animales para el sacrificio, y vincula con este hecho la implantación del *sacramentum* [5], no su implantación originaria por cierto, sino únicamente la aplicación del nombre de *sacramentum* a la suma de dinero que reemplazaba a las bestias. Pero no se comprende la relación que puede haber tenido ese fenómeno semántico con la falta de animales. La vinculación debe de haber sido otra, pero fue mal entendida por Festo. En las fuentes de que disponía habrá leído: que el *sacramentum* debía su origen a la falta de animales de sacrificio, y de esa relación de hechos coligió una relación semántica.

¿Cómo fue que en dicho proceso se dio el nombre de *sacramentum* al animal destinado al sacrificio? ¿Sólo porque se inmolaba? En tal caso, debería haberse llamado así a todo animal destinado a ese fin, y es sabido que no era así. ¿Por qué se le daba ese nombre sólo en el proceso *per sacramentum?*

La razón sólo puede estar en el proceso mismo, en alguna vinculación religiosa que éste debe de haber tenido a diferencia de las demás formas del procedimiento judicial. Pero en la descripción que de tal proceso hace Gayo, esa vinculación no se advierte. Parecería ser una forma totalmente profana como todas las demás. Por eso, sólo puede haberla habido en su prehistoria: el proceso *per sacramentum* debe de haber sucedido a un procedimiento religioso de la época primitiva. Hemos visto que hubo un procedimiento religioso, el juicio de dios, que, como prueban los testimonios, fue conocido por todos los pueblos indoeuropeos, con excepción del romano. ¿Qué ocurrió con ese proceso? ¿Fue pura y simplemente abolido? Esto no respondería a la mentalidad de los romanos. Ellos nunca rompían enteramente con el pasado, sino que siempre conservaban un puente entre lo pretérito y lo nuevo, vinculando el uno al otro. ¿Y no habrían observado esta regla en el caso de una institución religiosa, de tradición milenaria, como eran los juicios de dios? Quien crea en una abolición lisa y llana demuestra no conocer a los romanos. La única vía que éstos pudieron haber elegido fue la de sustituir ese procedimiento por otro, que fue lo que ocurrió con el proceso *per*

[5] FESTO, pág. 344: *sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est quod et propter aerari inopiam et sacrorum publicorum multitudinem consumebatur id in rebus divinis.*

sacramentum. Con la reforma no se quitó a la deidad la atribución de dictar sentencia. En principio, tal atribución se mantuvo, y sólo en el caso concreto se suplió por animales que se inmolaban al dios.

Esto explica por qué se dio el nombre de *sacramentum* a estos animales y no a otros. No eran animales de sacrificio como todos los demás, sino que tenían un destino muy especial y exclusivo: Para la deidad, eran una compensación por el no ejercicio de su función de juez. Para el litigante, un sacrificio patrimonial que suplía la mutilación que habría sufrido en caso de resultar vencido en el juicio de dios. El *luere in corpore* se sustituía por un *luere in bonis*. Así se explica también el elevado importe del *sacramentum*, que consistió primero en cinco bovinos y luego en 500 ases. Como arancel judicial sería totalmente inexplicable (pág. 234). La compensación que se pagaba a los dioses sólo podía consistir en una suma considerable, y si se tiene en cuenta lo que estaba en juego para el litigante en el caso de la prueba del fuego (sobre la prueba del agua, ver *infra*), se comprenderá que el *sacramentum* sólo podía tasarse en una suma muy alta. Se desvanece así la aparente desproporción existente entre esta pena y los 300 ases de multa por el *os fractum*.

Cuando el objeto de disposición originario del proceso *per sacramentum* (los animales) fue convertido en dinero (un bovino = 100; una oveja = 10, esto es, en la tasa mayor, 500 ases, y en la menor, 50), y el depósito de la suma al comienzo del proceso fue sustituido por el pago al final del mismo, se encomendó su cobro a un órgano especial: los *triumviri capitales*. ¿Por qué no a los cuestores, que eran los encargados de cobrar todas las demás multas? ¿Por qué hubo necesidad de establecer un órgano especial, y por qué se les encomendó exclusivamente el cobro de los *sacramenta*, pero no de las demás multas y sumas vencidas? ¿Y cómo se compadece su misma denominación, *triumviri capitales*, con el cobro de sumas de dinero, atribución que no parece cuadrar con sus restantes funciones?

Hasta ahora nadie ha planteado siquiera este problema. Estamos frente a un enigma histórico, cuya solución puede estar dada con lo antedicho. Los juicios de dios encerraban una *causa capitalis*, un procedimiento en el que estaba en juego la vida y la integridad física. De ahí que el importe que había pasado a compensar los daños físicos del antiguo procedimiento, fuera cobrado por los *triumviri capitales*; de ahí también que estos funcionarios se limitaran al cobro de esas sumas de dinero. Su nombre guarda, pues, una reminiscencia idiomática de los juicios de dios de la época primitiva. Cuando se les encomendó esa función, el recuerdo de su origen debe de haber estado aún vivo en el pueblo, pues de lo contrario se la habría encargado a los cuestores.

¿No se habrán conservado también otras reminiscencias idiomáticas? Si los juicios de dios continuaron viviendo en el proceso *per sacramentum*, ¿qué más natural que imponer el nombre que habían llevado hasta entonces

al procedimiento nuevo? Eso fue lo que se hizo con la palabra *condictio*, cuando se reemplazó la *legis actio per condictionem* por la *condictio* del proceso formulario, y es muy probable que lo mismo haya ocurrido con la palabra *sacramentum*. Para ese proceso no se creó un nombre nuevo, sino que se le aplicó el usado para los juicios de dios.

Es sabido que, en latín, *sacramentum* tiene además otro significado: el de juramento. ¿No habrá vinculación entre esta acepción de la palabra y la que se usó en el juicio de dios? Sófocles nos atestigua la conexión que hubo entre juicio de dios y juramento entre los griegos de la edad heroica, y su testimonio despeja toda duda. En su *Antígona* (v. 265 fl.), el guardián dice:

> Estábamos dispuestos a tomar en nuestras manos un hierro candente
> a caminar sobre brasas y a invocar con un juramento sagrado
> a los dioses, para probar que no éramos culpables.

El juicio de dios sirve aquí para sellar la verdad de un juramento prestado previamente: era un juramento de purificación, como lo llamaríamos en nuestro lenguaje jurídico actual. Por eso, no estuve tan descaminado al barruntar una conexión entre el proceso *per sacramentum* y el juramento, y sólo me equivoqué en cuanto lo relacioné con ese proceso, cuando debí vincularlo con la forma más antigua, el juicio de dios.

De los otros tres pueblos indoeuropeos que conocieron probadamente el juicio de dios, sólo los germanos, que yo sepa, conocieron el juramento; no así los celtas ni los esclavos. Entre los germanos lo encontramos en dos casos: en el juicio de dios por duelo (que se encuentra aún en el *Espejo de Sajonia*, 1, 63), y en el derecho frisón (*lex Frisionum*, 4, §§ 8, 9) en el hurto flagrante (el *furtum manifestum* de los romanos) y en la prueba del agua hirviendo o caldaria (ver *infra*). En ambos casos las dos partes tienen que prestar juramento y reforzar su juramento mediante el juicio de dios. El hecho de que el viejo derecho ario no conociera el duelo, sino únicamente la prueba del fuego o del agua (ver *infra*), no resta valor a la prueba de su existencia. Estamos autorizados para concluir que, cuando en tiempos prehistóricos los antiguos germanos (Vellei, Pat. II, 118: *solita armis discerni*) incorporaron esta tercera prueba a las otras dos nombradas, tomaron de éstas el juramento. No hay que creer que se introdujo ya en la época de la cristianización, porque la Iglesia procuró más bien encauzar el juramento por las rectas sendas, y no fomentarlo, y lo mismo cabe decir de la caldaria del derecho frisón. Debemos considerar, por lo tanto, que el juramento se remonta a la época primitiva de los pueblos indoeuropeos. El hecho de que no se pueda comprobar su existencia ni entre los celtas ni entre los eslavos, y que en la mayoría de los derechos germánicos falte toda descripción del ritual de las pruebas del fuego y del agua, puede tener distintas razones; puede ser que se haya omitido por considerarlo universalmente conocido, o que fuera supri-

mido por la Iglesia. De cualquier manera, el testimonio de Sófocles es suficiente para demostrar que fue un elemento integrante de los juicios de dios en la edad primitiva.

En aquellos tiempos primigenios, dichos juicios habrían servido, pues, para sellar la verdad de un juramento. La idea básica no era invocar la divinidad para que resolviera una cuestión que los humanos no se sentían capaces de solucionar por resultarles demasiado oscura. No era la insuficiencia del saber humano que recurría a la fuerza divina en un momento de necesidad. Lo que motivaba esa intervención era el juramento prestado. El dios no ha de pronunciarse sobre la justicia o injusticia de la causa, sino manifestar si ese individuo ha dicho la verdad o jurado en falso. El dios es el único juez legítimo para decidir sobre este punto, y lo decide con el resultado de la prueba a la que ese hombre ha de someterse: si ha jurado la verdad, la superará; si ha mentido, fracasará. El dios es justo. Auxilia al inocente, al punto que ni siquiera un hierro candente puede dañarlo. Ese hierro sólo consume al culpable, cuyos dolores, heridas y lesiones resultantes son el castigo por el perjurio, del cual el dios se venga.

Y sólo así, vinculados con el juramento, los juicios de dios van perfilando un contorno satisfactorio. Se explica no solamente la invocación al dios —única autoridad que podía decidir sobre el juramento prestado—, sino también el grave daño que sufría el que no pasaba la prueba. Era la merecida pena por el perjurio cometido [6]. Si hubiese sido una mera consecuencia de su derrota en el pleito, la pena habría sido totalmente desproporcionada con su posible culpa. Se aclara también, inadvertidamente, la fórmula de la sentencia en el proceso *per sacramentum*. Esa sentencia no declaraba, como otras, la absolución o la condena, sino, en el primer caso, el *sacramentum iustum*, y en el segundo, el *sacramentum iniustum*. ¿Por qué se resolvía un pleito así en forma mediata y no en forma inmediata? He buscado en vano que alguien me diera una respuesta. Pero ella resulta de la opinión que hemos venido desarrollando. En el juicio de dios, lo que se preguntaba a la deidad no era si el individuo tenía o no la razón de su parte, sino si había jurado la verdad o en falso, esto es, *sacramentum iustum an iniustum esse*, y esta forma de la cuestión y la correspondiente de la sentencia se incorporaron al proceso *per sacramentum an iniustum* cuando éste sustituyó el juramento y el juicio de dios. La resolución mediata de la cuestión jurídica practicada

[6] Me parece sumamente dudoso que aquel mutilado pasaje de GAYO (IV, 13), en el que sólo puede leerse la palabra *falsi*, haya hecho alguna referencia al falso juramento, como supone HUSCHKE, quien lo completa así: *falsiloquo propter iurisiurandum periculosa erat*. Es evidente que GAYO vincula aquí el *sacramentum* con la falsedad, porque sólo puede referirse a la pena por sí misma, pero como no alude en ningún otro sitio al juramento, sólo puede haberse referido a la falsedad de las afirmaciones de las dos partes.

en ese proceso no es pues más que el residuo histórico de la resolución directa sobre el juramento que se había usado en el juicio de dios.

El juramento prestado en el juicio de dios no era un simple juramento asertivo, sino un acto de purificación. El demandado, como lo llamaremos, se purifica así de una acusación que se había formulado contra él. El demandante no tiene que jurar para probar su pretensión [7]; el que tiene que hacerlo es el demandado para enervar esa acusación. Con ese juramento se libera. Ahora bien, si cualquier acusación hubiera bastado para obligar a alguien a prestar el juramento purificatorio y someterse a la correspondiente prueba, la salud, la vida y el honor de la persona más digna y proba habrían quedado a la merced de los malévolos. Cualquiera podría haberle colocado en esa situación, los juicios de dios se habrían sucedido uno tras otro, y la mentira, la maldad y la sed de venganza habrían tenido el campo libre. Para conjurar ese peligro, que habría equivalido a un total despojo de derechos, era menester crear una garantía, y ésta sólo pudo lograrse, obligando a quien formulaba la acusación a probar hechos que la justificaran: indicios o testificaciones. A esta prueba aportada por el demandante, invocando como testigo al dios y sometiéndose mediante la prueba al pronunciamiento de éste. Tal era lo que ocurría en el mentado caso de la *Antígona* de Sófocles, en el que la negligencia del guardián ya estaba demostrada por el hecho de haberse perdido el cadáver.

En ese sentido, el juramento prestado en el juicio de dios era un acto de purificación, tendente a limpiar al acusado de la culpa que lo mancillaba según el juicio de los hombres, mediante un pronunciamiento de la divinidad, que sabía distinguir la falsa apariencia de la verdad, es decir, desvirtuar la prueba producida. Pero hay un hecho que es de extrema importancia para comprender cabalmente el significado de los juicios de dios, y es que ese

[7] En los dos casos del derecho germánico mencionado (pág. 239) juraba también el actor; esto sólo puede constituir, a mi modo de ver, una desviación de la idea originaria de los juicios de dios, para lo cual me remito a lo que he venido diciendo. En el duelo judicial esa innovación era al menos factible, ya que solamente una de las dos partes podía resultar vencedora. Pero en la caldaria resulta incomprensible, porque ¿qué ocurriría si ambos litigantes se escaldaban las manos? Entonces el proceso terminaba sin dictarse resolución alguna; ambas partes habían jurado en falso: el actor, al sostener que el demandado hubiera robado; el demandado al decir que no había robado. Tal vez los sacerdotes, para evitar ese resultado absurdo, hayan dado algún bálsamo preventivo a la parte que consideraban que había jurado la verdad. La parte vencida tenía que abonar además 60 sólidos, y, dándose el menciondo supuesto, tenían que pagarlos ambos. ¿Quién habrá osado querellar a alguien por hurto flagrante? Esta acción me parece merecedora del mismo nombre que el *in parte secare* (Parte II, n. IV): el de un trampantojo jurídico, concebido a propósito para que nadie la usara. Sesenta sólidos —hay que imaginarse lo elevada que era esa suma—, manos desolladas, y además la vergüenza y el escarnio públicos, ¿quién habría a semejante precio promovido una acusación por una cosa que, de cualquier manera, ya había recuperado del ladrón en el acto de pillarlo? La acción rezaba: no acciones, sosiégate pensando que aún tienes la cosa.

juicio no se celebraba dentro del mismo procedimiento. No se trataba de un pleito iniciado por los humanos y concluido por la deidad. El primer procedimiento estaba cerrado, y había concluido con la condena del acusado. Ahora se iniciaba otro, en el cual el condenado apelaba a la deidad, que no conocía del pleito en primera instancia, sino en instancia de apelación. Prueba irrefutable de esto es la solemne fórmula de introducción del proceso *per sacramentum*: el *provocare sacramento* (Gayo, IV, 16: *D. aeis. sacramento te provoco*), expresión ésta que hasta ahora ha pasado totalmente inadvertida, aunque debiera haber llamado a la reflexión. *Provocare* es el término técnico usado en el derecho antiguo para designar el acto de apelar ante la instancia superior; como la apelación ante el pueblo de las sentencias penales de los reyes, o de los *duumviri perduellionis*, nombrados por ellos (Livio, I 26: *si a duumviris provocaverit, provocatione certato*), o de los magistrados. El empleo de ese término en el procedimiento *per sacramentum* demuestra que ese procedimiento y en la época de su implantación, estaba conceptuado como procedimiento de provocación. A la luz de la expuesta relación entre ese procedimiento y el juicio de dios, esto sólo era posible en caso de que se hubiera considerado como tal desde la época primigenia. *Provocare sacramento* significó, pues, en aquel entonces, apelación al juicio de dios, y esa fórmula fue conservada, igual que la del *sacramentum iustum, iniustum esse,* cuando se sustituyó el juicio de dios por el proceso *per sacramentum.*

Es verdad que, en la terminología de la época posterior, incluso en el lenguaje, de los juristas (por ej. Gayo, IV 93, 165: *provocare sponsione*), la palabra *provocare* adoptó el significado de invitar, requerir, pero con esa acepción no fue utilizada nunca en una fórmula, y mucho menos puede atribuirse esa terminología imprecisa a una fórmula del derecho arcaico. Resulta de ahí indubitable el propósito de caracterizar el proceso *per sacramentum* como un procedimiento *per provocationem,* y como ese proceso mismo no ofrece ningún asidero para pensar que así fuera, no queda más remedio que buscar la explicación en el procedimiento que le precedió históricamente. La expresión *provocare sacramento,* como la misma palabra *sacramentum,* la forma de la sentencia: *sacramentum iustum, iniustum esse,* y el nombre de *triumviri capitales,* no son más que reliquias idiomáticas venidas de los juicios de dios.

Con la idea de la purificación se vincula, a mi parecer, la elección de las dos únicas pruebas conocidas en la época primigenia: la del fuego y la del agua. Las otras, la del bocado consagrado y la del duelo judicial, son de origen posterior. Encontramos esas instituciones entre los arios. ¿Por qué se practicaban las pruebas del fuego y del agua y por qué precisamente éstas? Se me objetará que la pregunta es temeraria. ¿Cómo podríamos establecer qué fue lo que indujo a los antiguos arios a elegir esas pruebas? En mi opinión, la respuesta es evidente. No pudo haber sido el criterio de la

peligrosidad, aplicable sólo a la prueba del fuego, pero no a la del agua, en la que el acusado no corría ningún peligro, aunque no la pasara con éxito (ver *infra*). Si el criterio hubiera sido ése, y se hubiera querido disponer de otra prueba, además de la del fuego, se podrían haber instituido otras mucho más peligrosas. El criterio tiene que haber sido otro, común a ambas pruebas. Ello puede deducirse del significado que tenían el fuego y el agua para la finalidad perseguida. Lo que se quería era probar que el acusado estaba libre de culpa, esto es, que estaba limpio. Y el fuego y el agua son los dos elementos puros, cuya reacción permitirá comprobar su efectiva limpidez.

La prueba del agua consistía, precisamente, en echar al agua al acusado. Si se hundía, se le reputaba inocente, y entonces había que sacarlo de inmediato, porque si no se habría ahogado, no obstante su inocencia. Si flotaba, en cambio, se lo consideraba culpable. ¿Extraño, verdad? Parecería más natural la solución contraria, o sea, juzgarlo culpable si se iba al fondo, e inocente si lograba mantenerse a flote. El culpable se ahogaría, mientras que el inocente se mantendría en la superficie sin que el agua pudiera dañarle. Pero precisamente por haber sido la solución contraria a la que parecería más lógica, queda de manifiesto cuál era la idea: el agua, que es pureza, acoge al límpido, pues se compadece con él; en cambio, no tolera a un sujeto inmundo que la mancillaría y, por lo tanto, lo rechaza.

De la prueba del fuego existían diversas especies, una de las cuales era la caldaria, que erróneamente se clasificó como especie de la prueba del agua [8]. La prueba del fuego se basa en la misma idea que la del agua: el fuego tampoco tolera lo inmundo; sólo daña lo inmundo; sólo daña al impuro, a quien quema y chamusca, pero no a un hombre puro, sin mácula alguna que el fuego pueda destruir.

Ambas pruebas están subordinadas pues a la idea fundamental que subyace en los juicios de dios: poner a prueba la pureza del acusado. Al mismo tiempo, dan apoyo a mi arriba expuesta opinión sobre el valor purificatorio del juramento. Los dos elementos del procedimiento: el juramento purificador y su convalidación mediante alguno de los dos elementos puros, el agua y el fuego, se brindan apoyo el uno al otro. Ambos desembocan en una misma y única idea: la pureza.

¿Cuándo se aplicaba la una y cuándo la otra de estas pruebas? Al respecto no tenemos ningún dato, mas considero indubitable que sobre este punto había normas taxativas. Si el acusado hubiera tenido la facultad de escoger, habría elegido siempre la del agua, que sólo presentaba el riesgo de que en caso de serle desfavorable el resultado, no habría suministrado la prueba en contrario, pero sin sufrir ningún menoscabo. La elección tampoco pudo haberse dejado al arbitrio del demandante, que habría elegido

[8] KRÄGI, pág. 52.

siempre la prueba del fuego. Por último, tampoco puede haber sido facultad del juez o de los sacerdotes intervinientes, porque entonces la suerte del acusado habría estado plenamente a su merced, y le habrían impuesto la prueba del agua o la del fuego según simpatizaran o no con él. Por tal razón, las disposiciones acerca de cuándo correspondía aplicar la prueba del agua, cuándo la del fuego y cuándo cada una de las distintas especies de esta última, fueron seguramente precisas y terminantes. Y sabemos que existieron. Por las fuentes germánicas sabemos que para la caldaria había un *mos solitus mensura.* Cuando la acción era «simple», la piedra se colocaba a una altura tal que la mano se sumergía sólo hasta la muñeca; si la acción era «triple», había que meter el brazo hasta el codo [9]. Una diferencia similar existió en el derecho anglosajón en la prueba consistente en llevar un hierro candente; cuando la acción era simple, ese hierro pesaba una libra; si era triple, tres libras *(in simplo unum pondus, in triplo tria)* [10]. Esto demuestra que la prueba se determinaba por el objeto litigioso. Y si éste determinaba la especie de la prueba, era lógico que determinara también la graduación dentro de la misma especie.

Veamos ahora qué ocurrió con las pruebas del fuego y del agua en el proceso *per sacramentum.*

A la prueba del fuego le corresponde la *summa sacramenti* de cinco bovinos (500 ases); a la del agua, la de cinco ovejas (50 ases).

De ahí se explica:

1.° Que se fijaran únicamente dos tasas. Hasta ahora esto no ha causado extrañeza a nadie y sin embargo debía haberla causado, porque está en abierta pugna con todos los criterios seguidos normalmente por el derecho romano; no hay tampoco ningún caso en el que esto se repita. Por doquiera que el derecho arcaico y también el posterior sentaron el valor del objeto como base para determinar el monto de la multa, se hizo siempre en forma proporcional, sea del múltiplo [11] o de una cuota [12]. Sólo en el proceso *per sacramentum* —aunque también allí la base para fijar el *sacramentum* era el valor de la cosa litigiosa— la determinación no se hacía proporcionalmente, sino en forma abstracta: 50 y 500 ases. ¿Por qué esto? Porque la finalidad del *sacramentum* era sustituir las pruebas del juicio de dios, y como estas pruebas eran dos, dos fueron las tasas de *sacramentum*

---

[9] KRÄGI, pág. 52.

[10] KRÄGI, pág. 46.

[11] Del cuádruplo en el *furtum manifestum* y la *act. quod metus causa,* del *triplum* en el *furtum conceptum* y *oblatum* y la *act. vi bonorum raptorum,* del *duplum* en el *furtum nec manifestum,* en el *fructus dupli* del proceso vindicativo, en la *actio autoritatis,* en la *manus iniectio,* y en los casos *ubi lis crescit in duplum.*

[12] La mitad: *act. de pecunia constituta*; la tercera parte en la *condictio certi*; la quinta o décima parte en la *act. calumniae* o el *contrarium iudicium* (GAYO, IV, 175, 177).

establecidas. Si el factor determinante hubiera sido el valor de la cosa, el *sacramentum* se habría determinado siempre en forma proporcional. Pero como el factor determinante no fue ése, sino la idea de sustituir la prueba por el *sacramentum,* la innocua prueba del agua se sustituyó por la suma menor, y la altamente peligrosa prueba del fuego, por la mayor. El valor de la cosa sólo entraba en cuenta para determinar cuándo se aplicaba la una y cuándo la otra.

2.° De ahí se explica también el tremendo salto del importe simple (5 ovejas, 50 ases) al décuplo (5 bovinos, 500 ases). ¿Por qué, cuando se adoptó un sistema tarifado, no se hizo en forma escalonada; ajustado al valor de la cosa litigiosa, como podría ser de 100 o de 250 ases por vez? Adviértase la grave e injusta desproporción a la que este sistema tenía que conducir según los casos para comprender cuán poderosas habían sido las razones que movieron a los romanos a aceptarlo. Si se reivindicaba una oveja, la *summa sacramenti* era de cinco veces el valor del objeto, si se reivindicaba un terreno cuyo valor era de 950 ases, un diecinueveavo, si el valor de ese terreno era de 1.000 ases, la mitad, y si se trataba de una herencia de 50.000 ases, la centésima parte. Resultados absurdos. Un pueblo con tan sano sentido práctico como eran los romanos no habría dado acogida a una idea semejante, si hubiera tenido libertad para evitarlo. Pero precisamente no tuvo esa libertad. El sistema de la doble tarifa del *sacramentum* estaba preceptuado por el sistema de las dos pruebas que estaba destinado a reemplazar. Fuera alta o fuera baja la tasa establecida, había que limitarse a dos sumas. Los dioses tenían derecho a ello, y los sacerdotes tenían que cuidar ese derecho al dar su asentimiento para que ese derecho fuera transformado en bestias de sacrificio. Si no fuera por ese derecho de las deidades, no se explicaría cómo los romanos pudieron aceptar una institución que está en flagrante pugna con todas las demás instituciones jurídicas de su cuño.

3.° Por último se entiende también por qué la tasación de la prueba del agua era baja, y la de la prueba del fuego, elevada. Se explican por el diverso grado de peligrosidad. Si se tiene en cuenta que el *os fractum* estaba tasado en las XII Tablas en 300 ases, deberá admitirse que la prueba del fuego, con sus 500 ases, estaba más bien sobrevalorada, y lo mismo cabe decir de la prueba del agua. Los sacerdotes habían tenido buen cuidado de que en el rescate de los juicios de dios, la divinidad no saliera perdiendo.

Visto así, la doble tarifa del *sacramentum* y la sorprendente diferencia entre las dos tasas no solamente ensambla en la contextura histórica de la evolución que he supuesto, sino que también creo haber encontrado en ello un argumento de gran peso a favor de mi opinión.

Queda solamente un punto que puede despertar dudas. En el juicio de dios era solamente el demandando quien tenía que someterse a la prueba,

no así el actor. En el proceso *per sacramentum,* en cambio, ambas partes están en pie de absoluta igualdad y ambas tienen que depositar la *summa sacramenti.* Dicho en lenguaje jurídico: el juicio de dios era un procedimiento unilateral, el proceso *per sacramentum,* un procedimiento bilateral, una diferencia tan radical que parecería excluir la idea de que el uno haya sido reproducción del otro, y aun cualquier tentativa de vincularlos.

El reparo se desvanece, sin embargo, si se recuerda lo que expuse a propósito de la carga de la prueba. (pág. 187). Esa carga era común a ambos litigantes, pero sólo una vez que el actor había aportado su prueba, se pasaba a verificarla mediante el juicio de dios. En ese sentido, el procedimiento puede calificarse de bilateral: a cada cual le incumbía la misma carga que al otro, sólo que la contraprueba era de distinta naturaleza que la prueba principal. Con la supresión de los juicios de dios desapareció esa diferencia, y ambas partes se sirvieron de los mismos medios probatorios. No había ya necesidad de que una prueba precediera a la otra en forma de procedimiento especial, y resultó suficiente un solo procedimiento. Ese procedimiento reposa sobre la idea de la completa igualdad de las dos partes: ambas son a un tiempo demandante y demandado (*iudicium duplex*), ambas demuestran sus afirmaciones al mismo tiempo y por los mismos medios, ambas tienen que pagar la misma garantía, que pierden en caso de ser vencidas. Esto último puede causar extrañeza. ¿Cómo podía imponerse el *sacramentum* también al actor, cuando el *sacramentum* sustituía una prueba a la que el actor no tenía que someterse? La respuesta es palmaria. Si la *summa sacramenti* hubiera tenido que ser depositada únicamente por el demandado, en caso de ser éste absuelto la perjudicada habría sido la deidad, a la cual había que asegurar en todo caso el derecho a ese precio por el cual se le había comprado el derecho de decidir el pleito, fuera cual fuere el resultado del mismo. Y en el procedimiento que le precedía, si bien el actor no tenía que someterse a ninguna prueba, tenía sin embargo que aportar sus probanzas antes de que se pasase al juicio de dios. En el proceso *per sacramentum,* en cambio, el actor era admitido sin necesidad de probar su afirmación. Si la probaba, no sufría perjuicio alguno, igual que en el procedimiento viejo, y si no la probaba, no solamente era justo que sufriera el mismo perjuicio que el demandado en caso de ser vencido, sino que también tutelaba el interés de este último para protegerlo contra pretensiones totalmente infundadas. De no haber sido así, el actor no habría arriesgado nada para el caso de que la sentencia le fuera desfavorable, mientras que el demandado habría puesto en juego la *summa sacramenti.* Esto no habría sido menos injusto que si en el procedimiento viejo el demandante pudiera haber colocado al demandado en la necesidad de someterse al juicio de dios, sin haber aportado ninguna clase de pruebas para sus afirmaciones. El *sacramentum* que debía abonar el demandante era el precio de la ventaja que le confería el uso del nuevo procedimiento; la de colocar, con afirmaciones no proba-

das, al demandado en la misma situación en que le colocaba en el juicio de dios con afirmaciones probadas.

He terminado e invito al lector a decidir su posición con respecto a la opinión expuesta. No he podido ofrecer en su apoyo una prueba directa. No es más que una hipótesis y quien rechace las hipótesis por principio, también deberá desechar ésta. No he de temer que lo hagan los lectores de buen juicio. Así como en el procedimiento judicial se justifica, a los fines de la averiguación, la prueba indiciaria, se justifica en la investigación histórica la hipótesis, que bien podría llamarse la prueba indiciaria histórica. Se trata de una prueba indirecta que busca deducir hechos no probados partiendo de los establecidos, y se diferencia en esto de la prueba directa, que trata de comprobarlos por la vía inmediata. El criterio aplicable a ambas especies de prueba indiciaria es el de la conclusión necesaria: los hechos usados como indicios deben fundar la conclusión de los hechos a demostrarse de tal modo que resulte excluida toda suposición contraria. Una hipótesis que deja abierta la vía a otra suposición distinta, sólo puede indicarnos la posibilidad de que los hechos hayan sucedido de tal modo, y puede tener además un valor científico en cuanto amplía el horizonte y abre nuevos rumbos a la investigación. Una hipótesis que excluye toda otra suposición, nos presenta una realidad y tiene la misma fuerza que una prueba directa.

Creo que esta hipótesis mía puede incluirse en esta segunda categoría y ruego que se me permita presentar una visión sinóptica de las razones que la fundamentan. Se trata de dos tipos de consideraciones.

Ante todo, las terminológicas:

1) La palabra *sacramentum,* que en ningún otro caso se emplea para designar un animal destinado al sacrificio. Por lo tanto, no puede haberse creado originalmente para el proceso *per sacramentum,* sino que debió tomarse de otra fuente. Fuera de ese caso tiene el significado de juramento. Conclusión: el proceso *per sacramentum* debe ser vinculado con el juramento.

2) La fórmula de la sentencia: *sacramentum iustum, inustum esse.* Congruente si aplicada al juramento y al juicio de dios, en el que se trataba de un pronunciamiento de la divinidad sobre la verdad o falsedad de un juramento, no se presta para designar un procedimiento para hacer valer un derecho, en el cual la forma de la sentencia sólo podría haber sido de absolución o de condena.

3) La fórmula: *Sacramento te provoco.* Inexplicable por el procedimiento *per sacramentum* como tal, se entiende refiriéndola al juicio de dios, que era en realidad un procedimiento *per provocationem* y que el proceso *per sacramentum* iba a sustituir.

4) Los *triumviri capitales,* respecto de los cuales me remito a lo antedicho (pág. 184).

Veamos ahora las consideraciones de fondo:

1) La ausencia de los juicios de dios en Roma. Es éste un hecho que ni siquiera deberían pasar por alto quienes no aceptan mi hipótesis; también las instituciones de las cuales no se encuentran ni vestigios, deben mencionarse cuando era de esperar que se los hallara, como en este caso (pág. 183). Considero que en muchos campos del saber histórico la investigación científica peca por dispensar tan poca atención a los factores negativos, los cuales, dadas ciertas circunstancias, pueden ser más significativos que los positivos. El hecho de que los romanos abolieran los juicios de dios en los mismos albores de su historia, es una nota reveladora del espíritu que los animó desde el comienzo, una nota no menos característica que muchas de las grandes conquistas positivas de las cuales pueden hacer gala en el campo del derecho. Pero no es posible que hayan echado estos juicios por la borda, porque esto habría estado en la más chocante pugna con el rasgo netamente conservador que los caracterizó en todas las reformas de sus leyes, y tampoco guardaría consonancia con el carácter religioso de la institución. Lo único que pudieron haber hecho era transformarlos de tal modo que se resolviera el problema de conciliar los intereses de los dioses con los intereses humanos, de hallar una fuerza equilibrante entre el derecho y la religión. El medio escogido fue sustituir los juicios de dios por el proceso *per sacramentum*.

2) Relaciones del *sacramentum* con la deidad: depósito del *sacramentum* en manos de los pontífices y aplicación del mismo para fines de sacrificio. En todos los demás procesos falta esa relación; los dioses nada tenían que ver con el pleito.

3) La doble tarifa del *sacramentum*, que corresponde a las dos pruebas del juicio de dios.

4) La extraordinaria diferencia entre las dos cantidades establecidas, que responde igualmente a la diferencia entre la prueba del fuego y la prueba del agua.

Todos estos puntos señalan, como los radios de un círculo, ese centro hipotético: la sustitución de los juicios de dios por el proceso *per sacramentum*. Si desechamos esta idea, nos veremos frente a importantes problemas insolubles, tanto en el aspecto terminológico como en el aspecto de fondo. Si la aceptamos, quedaría así resuelto el enigma que el proceso *per sacramentum* plantea a toda persona que tome conciencia de esos problemas, y explicado el sorprendente eclipse de los juicios de dios en la antigua Roma.

c) Multas establecidas por delitos contra la propiedad y las personas *

En lo que sigue presentaré un paralelo al caso de los ricos y los pobres en el proceso civil, esta vez tomado del derecho material, dicho con más precisión, del viejo derecho penal privado. El antiguo derecho penal romano, como se sabe, estaba dominado por una antítesis que hoy, puede decirse, ha perdido toda significación: la antítesis entre derecho penal público y privado, esto es, entre delitos que se penaban mediante la autodefensa o una acción privada del damnificado, a quien competía aplicar la pena establecida (*delicta*), y aquellos que la autoridad perseguía mediante acusación pública o para los cuales se establecía la sacerdad ** (*crimina*). El derecho penal privado conocía dos clases de delitos: contra la propiedad y contra las personas. Las normas penales creadas para combatirlos serán analizadas en lo que sigue desde el punto de vista de la relación entre ricos y pobres. El análisis demostrará que el punzón legislador fue nuevamente manejado por el rico, es decir, que las normas penales se pergeñaron de tal modo que respondieran al interés de la clase pudiente.

Quien fracturaba a otro un brazo o una pierna (*os fractum*), debía purgar su delito, según la Ley de las XII Tablas, pagando la suma de 300 ases. Quien era prendido en una tentativa de hurto, aunque fuera de una cosa de ínfimo valor (Gayo III 184, cita como ejemplo olivas y racimos de uvas), o quien era encontrado en posesión de esa cosa en el curso de una solemne pesquisición domiciliaria (*furtum licio et lance conceptum*), sufría un castigo corporal y era además privado de su libertad: se convertía en esclavo de aquel a quien había robado. El hurto campestre nocturno se penaba incluso con la muerte. ¡Qué desproporción en la valoración de la persona y la propiedad! La fractura de un hueso puede causar una incapacidad permanente para el trabajo, de modo que la indemnización de 300 ases es una burla si se la compara con el daño sufrido [1]. Pero quien sustraía algún bien ajeno, sufría la pena más grave que cabía imaginar, fuera de la muerte, pues quedaba expuesto de por vida a la explotación desconsiderada e incluso a los malos tratos y a la crueldad de la persona a la que había robado. Uno no puede por menos que preguntarse ¿por qué esa desproporción tan llamativa? Hace ya mucho tiempo que debió plantearse esa cuestión, pero nuestros

* Este capítulo apareció como apéndice en la última edición publicada en vida del autor, la cuarta, de 1891, y se incorpora ahora en este lugar, el señalado por el autor en el prólogo a dicha cuarta edición. *(N. del E.)*

** *Sacerdad*: Carácter sacro. Seudolatinismo de los juristas. Ver PANZINI, *Dizionario Moderno*, 3.ª ed., Milano, 1950, pág. 947. *(N. del T.)*

[1] Es edificante la concepción de RUDORFF (*Röm. Rechtsgeschichte*, II, pág. 255), quien ve en esos 300 ases un «precio del dolor», como si la única reparación que pudiera pretender una persona reducida a la invalidez fuera por los dolores sufridos.

historiadores del derecho nunca se han tomado esa molestia. Como tantas otras veces, también pensaron en este caso que cumplían su cometido compilando las normas positivas, sin preocuparse por su razón. ¿Podría ser que este problema tampoco pueda resolverse? Todo es cuestión de intentarlo. Veamos si la contraposición de ricos y pobres no nos proporciona la respuesta deseada.

El rico no roba, pero sí el pobre. A su vez, sólo el rico corre peligro de ser robado, porque el pobre no roba al pobre, sino al rico. Con esto queda explicado el excesivo rigor con que el derecho antiguo castigaba el hurto. Se partía de la hipótesis de que la víctima sería un rico y el ladrón un pobre. Por eso, la propiedad, fortaleza de los ricos, está rodeada por una empalizada, y quien se atreva a treparla corre riesgo de quedar clavado en las estacas. Los ricos en Roma sabían defender su propiedad.

Pero parecería que no habrían sabido defender su persona. ¿Qué valor pueden tener para un rico 300 ases si le han fracturado los huesos? Es una simple limosna. ¿Y eso había de ser compensación por los dolores y las mutilaciones sufridas? Si dicho peligro se hubiera cernido efectivamente sobre el rico, la pena, a no dudarlo, habría sido otra, pero para él ese peligro no existía. No había peligro de que le infirieran tal lesión los ricos, porque las personas distinguidas, tanto en Roma como en nuestros días, no resuelven sus pendencias a golpes. Ni tampoco que lo hicieran los pobres, porque de eso los resguardaba el respeto, que se sentía tanto en Roma como en nuestro medio, por la fortuna y la posición encumbrada. De modo que el único amenazado era el hombre de clase baja. Y si ese peligro hubiera provenido únicamente de sus pares, la clase pudiente no se habría interesado por el monto de la pena; reducida o elevada, habría sido irrelevante para los ricos. Pero no era ese el caso. Los ricos tenían un gran interés en que las multas fueran lo más bajas posibles. Para comprender esto es preciso saber que en la época arcaica, cuando aún no había esclavos en tal cantidad como los hubo más tarde, la necesidad de mano de obra en las heredades de los ricos, era cubierta, como lo fue aún en épocas posteriores, por hombres libres de la clase inferior: jornaleros y destajistas [2], siervos y criadas que sus padres entregaban en *mancipium* [3] y los siervos por deudas [4]. De estos tres tipos de rela-

[2] Los menciona frecuentemente VARRÓN, en *De re rustica*.

[3] Por su forma era una venta que el padre hacía de sus hijos. Como concluía al terminar el período de censo, o sea que podía concertarse a lo sumo por cinco años, era en realidad un contrato de localización. Un paralelo nos lo ofrece el derecho judío, en el que terminaba el séptimo año (año sabático) o sea que podía celebrarse como máximo por seis años.

[4] VARRÓN, *de L. L., VII*, § 105: *Liber, qui suas operas in servitute pro pecunia quadam debebat, dum solveret, nexus vocatur ut ab aere abaeratus. Quadam* corresponde a *servitute*. La *servitus* del *liber* resulta contradictoria, de ahí el aditamento; *quaedam*, o esa, relación similar a la esclavitud, paralelo real y terminológico al individuo que se encuentra *in causa mancipii* «qui servorum loco habentur» (GAYO, I, 138).

ciones nos interesan el segundo y el tercero. Ambos consistían en una relación de dependencia personal, que tenía cierta semejanza con la esclavitud, y que podía hacer olvidar con demasiada facilidad a un señor autoritario e irascible que tenía que vérselas con un hombre libre. La ley protegía a éstos, ciertamente, contra los atropellos del amo, pero la relación en que se encontraban invitaba a un señor impulsivo a ponerles las manos encima cuando habían cometido alguna falta. Si lo hacía, estaba sujeto a pena. Pero ¿qué pena? Si los zurraba de lo lindo, tenía que pagar únicamente 25 ases (ver *infra*); si les quebraba un brazo o una pierna, solamente 300.

Con esto creo haber explicado por qué en el derecho arcaico la pena por *os fractum* era tan extremadamente benigna. El teatro de la acción que, sin mencionarlo, prevé la ley, es la mansión del rico; el autor, el mismo rico, y el lesionado, algún siervo por deudas, un siervo o una criada que presta servicios en esa casa. Si todas las normas penales del derecho arcaico hubieran sido tan benignas, no habría razón para imputar ese hecho a un designio tendencioso, pero el irritante contraste con las acciones por hurto, torna irrebatible la suposición de que ambas normas fueran fruto de una maquinación. En ambos casos el monto de la pena fue determinado por el interés de los ricos: tan bajo cuando el daño era inferido por el rico al pobre, como elevado cuando era inferido por el pobre al rico. La vieja justicia romana trabajaba con dos pesas distintas, siendo la más pesada para el rico y la más liviana para el pobre. Pero ese favorecimiento de los ricos a expensas de los pobres ni siquiera se exterioriza. A ambos se los mide con la misma vara, el rico y el pobre son iguales ante la ley, pero esa igualdad ante la ley era de aquellas que, conforme al adagio: *summum ius, summa iniuria,* ocultaba la desigualdad más enojosa.

Hasta aquí, de los delitos contra la persona, fuera de una fugaz alusión a los 25 ases de multa por injurias, sólo he contemplado la de 300 ases por por el *os fractum,* porque me parecía demostrar irrefutablemente mi opinión expuesta. Pero el derecho arcaico conoce, además del *os fractum,* otra especie de lesión corporal: el *membrum ruptum.* Los historiadores normalmente soslayan la cuestión acerca de su significado. Sólo uno de ellos (Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte,* II, pág. 355) ha buscado resolverla: *membrum ruptum* sería la «mutilación o destrucción de un miembro». Si así fuera, *membrum ruptum* y *os fractum* serían lo mismo, porque una fractura implica la «mutilación o destrucción de un miembro», y quien hubiera sufrido gravísimas heridas cortantes o punzantes tendría que haberse contentado con la indemnización de 25 ases correspondiente a las *iniuriae,* porque no entraban ni en uno ni en otro concepto delictivo. No se había fracturado un hueso, ni mutilado o destruido un «miembro» en el sentido actual de la palabra. El lesionado sólo había padecido intensos dolores y recibido una grave herida. Pero en el lenguaje del derecho arcaico, *rumpere* no significa quebrar, pues entonces sería sinónimo de *frangere,* y tanto en la Ley de las XII Ta-

blas, donde se habla de *os fractum* y de *membrum ruptum,* como en el *fregerit ruperit* de la *lex Aquilia,* estos dos verbos se distinguen nítidamente. El alcance de *rumpere* es más amplio y significa dañar [5]; *membrum ruptum* quiere decir lesión corporal. Pero también el *os fractum* supone ese tipo de lesión. ¿Qué diferencia hay entre estas dos figuras? El criterio para distinguirlas es muy sencillo. El *os fractum* implica una lesión interna, que un tercero solamente puede palpar, pero no ver, mientras que el *membrum ruptum* es una lesión externa, perceptible a la vista [6]. Ambas formas tienen en común que dejan huellas verificables por los sentidos, y en eso se diferencian del tercer tipo delictivo previsto por la Ley de las XII Tablas: las *iniuriae,* en las cuales esto no ocurre, y que comprenden no solamente las injurias verbales, sino también las materiales [7]. Los golpes y tundas que no dejaban huellas perceptibles en el cuerpo entraban en el concepto de *iniuriae*; en caso contrario, en el de *membrum ruptum.* La diferenciación entre los tres tipos era tan clara que su aplicación en el caso concreto no podía suscitar la menor duda.

El concepto de *membrum ruptum* era extraordinariamente lato, pues abarcaba desde las lesiones de poca consideración hasta las más sangrientas e incluso la amputación del miembro o la pérdida de un ojo. De ahí se comprende que la ley prescindiera de una multa fija y estableciera en cambio el talión. Este era una espada de dos filos, que podía herir al damnificado igual que a su adversario. Si el lesionado no infería a su heridor exactamente la misma lesión que éste le había inferido a él, tenía que expiar a su vez ese exceso. Le amenazaba la misma pena que a Shylock al cortar la libra de carne. Con qué ojos miraron los romanos de la edad arcaica ese exceso cometido por el lesionado, se desprende con claridad del hecho de que la Ley de las XII Tablas estimó necesario añadir, con respecto a la ejecución del *in partes secare,* la cautelosa cláusula: *si plus minusve secuerint, sine fraude esto.* En el Talión no existía esa *clausula salvatoria,* y por lo tanto, la lesión tenía que ser una réplica exacta del modelo; cualquier exceso obraba como un proyectil de rebote. Esa sola circunstancia habrá bastado para inclinar al ofendido a prestar oído a las propuestas de indemnización que le hacía su adversario. Por lo demás, si las hubiera rechazado, se habría ido con las manos vacías. Para un hombre de la clase baja, como lo era habitualmente el actor, tanto en los casos del *membrum ruptum* como del *os*

---

[5] Testimonios: FESTO, p. 265: *Rupitias in XII significat damnum dederit.* NONTIO, 124, 6: *si quis rumpet occidetve.* Aquí *rumpere* agota evidentemente la contraposición de *occidere.* Explicación del *ruperit* de la *lex Aquilia* por *corruperit, L.* 27, § 13 *ad leg.* Aq. 9, 2).

[6] Si estuviese justificado inferir *membrum de membrana* = piel, *membrum* habría significado originariamente cualquier parte de la superficie del cuerpo.

[7] GAYO, III, 220: *cum quis pugno puta aut fuste percussus vel etiam verberatus erit.*

fractum, la elección no podía ser dudosa. Conforme, en principio, con la composición pecuniaria, el problema era únicamente cuánto podía obtener, y, a la postre, lo normal habrá sido un acuerdo. Tal había sido precisamente el propósito de la ley: que las partes transaran, pues a esto apuntaba el aditamento: *ni cum eo pacit.* La ley del Talión no tenía pues otra finalidad que el *in partes secare;* ambos actuaban como medios de presión para conducir a un acuerdo amigable. *Talio esto* significa: no apliques el talión; así como *in partes secanto* quiere decir: no cortes; la mentada acción contra el ladrón de la ley frisona: no acciones; y la *usucapio pro herede lucrativa*: no te apoderes de nada perteneciente a una herencia ajena. Los cuatro casos respondían a la idea del *noli me tangere.* La ley facultaba, no obstante, para llevar a cabo el acto, porque no creía poder soslayar esa facultad en la que veía una consecuencia jurídica, pero confiaba en que las partes, en su propio interés, no harían uso de ella. Si no llegaban a un acuerdo amigable sobre el monto de la indemnización en el caso del *membrum ruptum,* esa suma era fijada, según lo atestigua Gelio (XX, 1), por el juez.

Si nos atenemos a ese estado de cosas, que probablemente fue el producto de una evolución más avanzada, podemos apuntar esta diferencia: la pena por el *os fractum* estaba fijada *in abstracto,* mientras que la pena por el *membrum ruptum* era calculada por el juez. Cómo habrá procedido ese juez cuando el lesionado era un pobre y el lesionador un rico, es algo que no requiere mayor comentario, sabida la parcialidad de los magistrados patricios de la época arcaica.

Los precedentes razonamientos permiten formular la conclusión de que los ricos habían tomado sus precauciones para que un delito cometido contra los pobres no les saliera demasiado caro. También aquí habían forjado una ley a propósito de sus intereses, igual que en las instituciones procesales y en la tutela de la propiedad, donde bajo la apariencia de igualdad ante la ley regía en realidad la desigualdad más irritante.

Para cimentar aún más mi acusación de que las clases propietarias de la Roma arcaica legislaron en forma tendenciosa, en interés exclusivo de su estamento, añadiré un argumento más [8], que la ciencia, fiel a su ya señalado hábito (pág. 194) de no tener en cuenta los factores negativos, no ha considerado hasta ahora en absoluto.

Entre los delitos contra las personas castigadas por la Ley de las XII Tablas, no figura uno que habían previsto hasta las tan inferiores leyes de los pueblos germánicos: la violación. Creo indudable que no fue legislado, porque, de lo contrario, los autores de épocas posteriores habrían hecho alguna referencia al precepto. ¿Era que la idea estaba tan lejos de la mente de los

---

[8] En otra oportunidad ya expuse otro argumento: el de la orfandad de derechos del arrendatario e inquilino frente al propietario rico, ver mi *Besitzwillen,* Jena, 1889, pág. 120.

decenviros, que pudieron pasarla por alto? Apio Claudio, que pensaba violar a Virginia, habría sido un hombre a propósito para incurrir en tamaña omisión. El pueblo romano ya conocía de experiencias anteriores qué peligros encerraba para la mujer la sensualidad del hombre; el trágico caso de Lucrecia y sus consecuencias se había grabado indeleblemente en su memoria. Y ese peligro, que volvió a concretarse ante los ojos del pueblo en el caso de Virginia, ¿habría podido escapar a la previsión del legislador? No; era un peligro conocido: pero no había interés en ponerle coto. ¿Por qué? Para tener la respuesta, basta imaginarse la situación de la criada en la casa de un rico. Después del repugnante ejemplo dado por Tarquino el Joven, no era de temer que se violara a una mujer o a una joven de los estamentos superiores, por el apoyo y protección que les brindaban sus familias. La mujer y la hija del pobre, que habitaban con él, tampoco estaban expuestas mayormente a ese peligro. Pero lo estaba en sumo grado la criada que vivía en casa del rico en forma de *mancipium*. ¿Qué le esperaba a un amo que había violado a su criada? Como no se daban los presupuestos del *membrum ruptum* o del *os fractum*, la única norma aplicable al caso era la que penaba las *iniuriae*. El violador pagaba 25 ases, quedando así todo arreglado. La criatura que pudiera nacer de aquel acto no le incumbía, y la ley ni siquiera habla de una obligación de pagar alimentos. Quiere decir que por 25 ases un hombre rico podía satisfacer su voluptuosidad con su criada, y ese placer ni siquiera le salía caro. Véase si hay otra explicación.

Cuando me ocupé del problema de los ricos y los pobres en el proceso civil, mostré cómo la superioridad que el rico había sabido crearse sobre el pobre en el campo judicial mediante las instituciones procesales, fue más tarde quebrada. Lo mismo cabe decir de la desproporción existente entre la valoración de la propiedad de la clase habiente y la persona de la clase desheredada, que cedió más tarde a valoraciones completamente distintas de esos bienes. Con las transformaciones que, como veremos en seguida, sufrió la vida económica romana, no pudo sostenerse la ferviente indignación con que los propietarios romanos contemplaban todo atentado contra sus bienes, como si estuviera en juego una parte de sus personas. Con el tiempo, la propiedad se midió con un módulo muy distinto que en la época arcaica. Cambió asimismo, aunque en sentido inverso, por la mutación de las condiciones políticas, el modo de valorar la persona. La vieja antítesis se trastocó: antes, se valoraba en mucho la propiedad y en poco la persona; ahora, era al revés.

Contemplemos primeramente la propiedad.

El derecho arcaico no distinguía si el que detentaba una cosa ajena creía o no de buena fe que era suya. Si resultaba vencido en el proceso, tenía que entregar en cualquier caso al propietario los frutos doblados, y si la cosa había perecido por caso fortuito, debía indemnizarle su valor. El indignado propietario no permite que la culpa se mida. Lo que él pide es que se le dé satisfacción por la amenaza a su propiedad, háyase perpetrado de buena o

de mala fe; y el derecho cede ante sus exigencias. Completamente distinta es la solución del derecho posterior. Mide con varas distintas al poseedor de buena fe y al de mala fe, y ni siquiera este último responde por el importe de lo que el demandante habría podido obtener si la cosa se hubiese restituido tempestivamente. Otro tanto ocurría en el concurso; la insolvencia culpable era reprobada por la nota infamante de la *bonorum venditio,* mientras que el concursado sin culpa gozaba del beneficio de la *cessio bonorum.* Hasta el hurto era visto con otros ojos. El ladrón prendido flagrantemente era condenado, según el edicto pretorio, al pago del cuádruplo de la cosa hurtada, pena no muy grave cuando la cosa era de poco valor. El pretor había caído precisamente en el extremo opuesto del derecho antiguo: su lenidad no se compadecía muy bien con los intereses de la seguridad jurídica. Sólo más tarde se corrigió este error, añadiendo a la acción civil por hurto la acción penal.

Una evolución inversa sufre el derecho de la persona. Las disposiciones de la Ley de las XII Tablas sobre *os fractum, membrum ruptum, iniuriae,* son sustituidas por otras más perfeccionadas, las dos primeras por la *actio legis Aquiliae utilis* y la tercera por la *actio iniuriarum aestimatoria.* Ambas acciones ponen al juez en condiciones de hacer justicia de la manera más completa a las pretensiones del lesionado. A la tutela de derecho privado se añade la penal, y no solamente por delitos contra la persona que el derecho arcaico ni siquiera consideraba, como por ejemplo la privación de libertad (*lex Fabia*), violación (*lex Iulia de vi publica*), sino también pro injurias graves al honor (*lex Cornelia de iniuriis*). La *lex Cornelia* no establecía una multa [9], que habría sido superflua dada la *actio iniuriarum,* sino una pena grave [10], el destierro. La práctica penal del imperio fue aún más lejos [11]. Castigaba con el destierro [12] hasta un golpe inocente asestado a un individuo de la más baja condición. ¡Qué contraste con los 25 ases de la época arcaica, precio por el cual podía molerlo a palos! El sentimiento de honorabilidad de la época posterior tuvo que haber sido muy elevado o, mejor dicho, hipersensible. para exigir tales penas que excedían toda medida razonable. Caracteriza también esa altísima sensibilidad la extraordinaria latitud que los juristas asignaron al concepto de ofensa al honor [13]. Declaran procedente la *actio iniuriarum* en casos en los cuales antiguamente no se habría visto ni sombra de ofensa, por ejemplo, por una *in ius vocatio* frívola, por una admonición al fiador pasando por alto al deudor principal, por hacer valer un crédito que se sabe infundado [14].

---

[9] Como lo supone equivocadamente RUDORFF, *Röm. G.*, I, § 100.

[10] MACROBIO, *Sat.*, II, 9, *...capital putavit.*

[11] *L.* 45 *de iniur.* (47, 1), PAULO, *S. R. V.*, 4, § 7, 13, 14, 16, 17, 22.

[12] OVIDIO, *Amor,* I 7, 29. *Si pulsassem minimum de plebe Quiritem, plecterer.* Respecto a *pulsare,* ver *L.* 5, § 1 *de iniur.* (47, 10): *verbrare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore.*

¿A qué se debió ese sentimiento exagerado del honor? ¿A un progresivo refinamiento de las ideas? No lo creo. Antes bien, opino que a esa evolución contribuyó sustancialmente la elevadísima autoestima política que, con el tiempo, adquirieron los ciudadanos romanos. Es preciso colocarse en la situación de un romano para comprender lo que significaban para él las altivas palabras: *civis Romanus sum. Civis Romanus* significaba en su boca: gozo de una seguridad jurídica y de una libertad intocables, estoy sometido únicamente a la ley, contribuyo a decidir en la asamblea popular las cuestiones más importantes del Estado: la aprobación o rechazo de los proyectos de ley, la elección y responsabilidad de los funcionarios, la vida y la muerte del ciudadano, y, como miembro del pueblo soberano que gobierna el mundo, soy al mismo tiempo un cogobernante del universo.

La verdadera autoestima es, al mismo tiempo, sentimiento de honor. El sentido de honor participa de ella en cuanto no tolera nada que sea incompatible con la apreciación que se tiene de sí mismo, con la imagen que una persona se hace de su propio valor ideal, no solamente en lo que hagan los demás, sino también en lo que haga uno mismo. Cuanto más alto coticemos ese valor, tanto más susceptible será el sentido de honor, sea de los individuos o de los pueblos.

Con esto creo haber explicado la extraordinariamente amplia tutela jurídica que terminó confiriéndose a la persona. El valor mismo de la persona había cambiado, y la legislación reconocía ese hecho dándole una mayor tutela en lo que tocaba a su honor. La contrapartida fueron las crecientes exigencias a la conducta, que debía ajustarse a los cánones de ese honor y evitar todo lo que no se compaginara con ellos. Baste señalar la *nota censoria* y las conocidas disposiciones del edicto sobre la infamia y su ulterior extensión por la práctica a través del concepto de la *turpitudo*.

Pero a la extraordinaria latitud que la jurisprudencia de la época imperial concedió el concepto de la ofensa al honor en la *actio iniuriarum*, creo que le corresponde otra explicación. Esta ya no puede cargarse en cuenta de la autoestima política del ciudadano romano, puesto que cae en una época en la que ese estado de conciencia estaba ya en terreno descendente. A mi modo de ver, ella sólo puede atribuirse a la extremada sensibilidad de la que, en punto a honor social, adolecían los estamentos superiores de aquella época. La sana dignidad de los estamentos altos en tiempos de la República, que se sentían satisfechos con su posición y con la conciencia de servir al bienestar general, había cedido su lugar a una sed morbosa de honores que se contentaba con el solo nombre de honor, con que se le diera una mera apariencia de poder, y los emperadores usaron pródigamente de ese

---

[13] Lo que he comprobado detenidamente en mi estudio sobre la violación frívola del derecho, publicado en mis *Jahrbücher*, tomo 23, VI.

[14] Ver mi estudio citado, pág. 157.

medio para colocar a los estamentos altos en su dependencia. Extendiendo de tal modo el concepto de ofensa al honor en la injuria (ver los ejemplos en la pág. 201), los juristas sólo cedieron a la malsana hipersensibilidad de las clases altas. Eran hijos de su tiempo; para los juristas del tiempo de la República, que respiraban un aire más saludable que la pesada atmósfera de la edad imperial, esa latísima extensión del concepto era totalmente desconocida, y aún lo fue para los juristas de los primeros tiempos del Imperio. Fue necesaria esa atmósfera de invernadero para producir esas plantas de estufa a las que la jurisprudencia prodigó entonces sus cuidados. Pero no resultaron viables y hoy, los tribunales no conocen esa latitud excesiva del concepto de honor.

Así como el aumento en la apreciación de la persona tenía su razón en circunstancias externas, que realzaban el valor de la persona a los ojos del pueblo y con ello del derecho, así también el debilitamiento del sentido de la propiedad hizo declinar su valoración. La causa radicaba en dos cambios sumamente ricos en consecuencias, que, en el curso del tiempo, se habían producido en la vida económica de la nación. Uno de ellos fue el gigantesco acrecentamiento de la riqueza nacional. Cuando Roma llegó a ser soberana del mundo, tanto el Estado como el individuo disponían de muchísimos más bienes que cuando se sancionó la Ley de las XII Tablas. Cada guerra victoriosa aportaba un enorme botín, y el oro y los tesoros fluían a Roma de todos los confines. El otro cambio fue en cuanto a la forma de ganarse la vida. El romano de la época arcaica labraba su campo con sus propias manos, es decir, trabajaba. El romano de la época posterior hacía labrar sus tierras por esclavos. El oficio manual, despreciado, fue encomendado a los libertos o era explotado por capitalistas con el trabajo de esclavos que ocupaban en sus talleres. En la época del dominio mundial, el romano ya no trabajaba. Disponía de otras fuentes de ingreso, que le eximían de la obligación de cumplir tareas pesadas: como gobernador o como acólito de algún gobernador, saqueaba a las provincias mediante la violencia y extorsiones de toda clase; como capitalista se ocupaba del gran comercio, de los negocios monetarios, la navegación, el seguro marítimo, el arrendamiento de contribuciones públicas, la asunción de suministros públicos y destajos, etc.; como soldado, el sueldo y la perspectiva de botines y asignaciones de tierras; como votante en las asambleas populares o como miembro del tribunal de jurados, la venta de su voto. En Roma la masa del proletariado, que sumaba varios centenares de miles, vivía a costa del Estado y de la munificencia de los poderosos; para no morir de hambre, nadie tenía necesidad de mover un dedo.

De ese modo, la relación entre trabajo e ingresos se había invertido: mientras en la época arcaica los ingresos eran penosos y el bienestar moderado, más tarde hubo riqueza opulenta sin menester de esfuerzo. Resulta palmario que esa transformación tan real de las condiciones del modo de ga-

narse el sustento tuvo que rebajar a los ojos de los romanos el valor de la propiedad. El romano antiguo la tenía en gran estima, pues sabía los trabajos y sudores que le había costado y en consecuencia era no solamente ahorrativo, sino incluso tacaño. La idea de regalar algo le resultaba inconcebible. Plinio narra que a lo largo de muchos siglos en Roma nunca se hizo una donación. De ahí se explica que el derecho arcaico no conociera una forma especial para ese contrato. El lujo y el despilfarro eran desconocidos, y quien se apartaba de los buenos hábitos de los antepasados a tal punto de verse endeudado, podía ser requerido por el censor e incluso ser puesto bajo curatela. El romano de la época posterior era totalmente distinto. El dinero tenía para él poco valor. Como lo ha adquirido con facilidad, lo gasta también pródigamente, y el lujo y el despilfarro son fenómenos tan comunes que la ley se ve obligada a dictar una serie de leyes para contenerlos (*lex Oppia, Orchia, Fannia, Didia, Licinia, Cornelia, Iulia*). Incluso se ve en la necesidad de fijar topes a las liberalidades —nacidas no de la generosidad, sino de la vanidad que gusta de hacer ostentación—, restringiendo las donaciones entre vivos (*lex Cincia*), las mancipaciones por testamento (*lex Furia Caninia*) y los legados (*lex Furia, Voconia, Falcidia*).

Debilitamiento del sentido de propiedad, acrecentamiento del sentido de honor, ambas consecuencias de los cambios que se habían operado en la vida de la nación y ambas perfectamente reconocibles en el derecho de la época posterior. Tal es el resultado con que cierro estas consideraciones.

De la contraposición entre ricos y pobres, que ejerció otrora tanta influencia en la formación del derecho privado e igualmente del proceso, no se encuentra en el derecho nuevo ya vestigio alguno. Sólo en el campo del derecho penal público vuelve a manifestarse en la época imperial en forma ligeramente alterada, en la contraposición entre estamentos altos y bajos (*honestiores, honestiore loco positi-humiles, tenuiores, plebeii,* etc.) [15], la que influyó en el cálculo de la pena de una manera tal que no se compadecía más con las exigencias de la justicia que la injusticia cometida con los pobres en la época arcaica. En vista de esto, puede decirse que Roma no superó nunca, en el campo del derecho, la diferencia de las clases. ¿Lo hemos logrado nosotros? A quien le interese esta cuestión y quiera dedicarle tiempo y esfuerzo, le recomiendo el tema: los ricos y los pobres y la pena patrimonial en el derecho penal moderno. No habrá de faltarle material.

---

[15] Mis investigaciones sobre el origen más remoto de esta contraposición me han hecho retroceder hasta la vida social de los griegos en el período helenístico. En la Roma imperial encontró campo fértil.

Estampa IV
Un trampantojo procesal civil[1]

¿Un trampantojo en el proceso civil romano? ¡Extraño campo para un artificio de caza!

A propósito ¿qué es un trampantojo? El diccionario lo define como una ilusión, trampa, enredo o artificio con que se engaña a uno haciéndole ver lo que no es, o sea como un dispositivo destinado a causar un chasco. Veamos si en el proceso civil romano puede encontrarse alguna institución a la que ese apelativo le venga bien.

El cuadro que presentaré al lector no parece muy a propósito para chascos o para bromas. Es el cuadro de los usureros romanos que se disponen a saciar su sed de venganza contra el deudor caído en insolvencia, y a practicar el conocido *in partes secare* de su cuerpo, que establece la Ley de las XII Tablas.

Prendo ahora mi cigarro histórico-jurídico. Veo en el foro a los acreedores con su deudor. Pero nada parece indicar que se dispongan a ejecutar el *in partes secare*. Ni siquiera llevan consigo un cuchillo, como lo hiciera Shylock.

—¿Qué pasa? —les pregunto—. ¿No lo cortáis en pedazos? ¡Pero si la ley os lo permite! y, perdonad la franqueza, vosotros no tenéis traza de ser muy humanos o sensibles...

—¿Quisieras intentarlo tú, estando en nuestro lugar? El pueblo te lincharía. Eso podrá haberse practicado en la época primitiva, pero hoy ya no es posible. Esas ridículas ideas de humanidad, que nuestros gallardos antepasados no conocían, lo han echado todo a perder.

—¡Triste situación la vuestra! Vuestro derecho es como un espantajo del cual los pájaros saben que es inofensivo. Y vuestros deudores, que, seguramente, no serán menos avisados que los animalejos, se mofarán de una amenaza que es letra muerta.

—No, tan mala no es nuestra situación. Es cierto que no osaríamos cortarle a ese hombre un trozo de carne viva, pues eso lo mataría. Pero si sospechamos que ha ocultado bienes o si tenemos razones para suponer que sus parientes o amigos le socorrerían en caso necesario, nada se opone a que hagamos un intento de intimidación, amenazando cortarle las orejas, la nariz o alguna otra parte del cuerpo. La sola amenaza bastará para que él y sus allegados extremen los recursos para evitarlo.

—Pero si esa amenaza no da resultado, porque el deudor, efectivamente, no tiene bienes, y sus parientes y amigos tampoco acuden para socorrerlo ¿qué podéis hacer entonces? Como la ley no os permite venderlo y tampoco

[1] Es éste un añadido nuevo. El tema estaba previsto en la pág. 149.

podéis despedazarlo, por temor a las iras del pueblo, no tendréis más remedio que dejarlo en libertad. La ley dice expresamente: *tertiis nundinis partes secanto.* Si dejáis transcurrir las *tertiae nundinae* sin proceder *in partes secare,* vuestro derecho caducará y vuestro crédito quedará frustrado.

—Ya nos cuidaremos de que esos plazos no venzan antes de que hayamos arreglado el asunto.

—¿Y qué podríais hacer? Sólo podéis cortar a vuestro deudor en pedazos, pero no venderlo, porque, a mi saber, la ley sólo autoriza su venta cuando hay un solo acreedor.

—Precisamente, ahí está está señalado el camino que hemos de tomar. ¿Qué harías tú, si el objeto a ejecutar fuera, no un deudor, sino un caballo, un cuadro o una estatua, y la ley dispusiera que, cuando el acreedor fuere uno solo, éste podría venderlo, pero que si fueran varios, sólo podrían cortarlo o romperlo en pedazos? ¿Cómo resolverías tú esa cuestión con arreglo a derecho?

—Crearía el presupuesto del acreedor único, haciendo que todos los acreedores le cedan sus créditos a uno solo de ellos.

—No conocemos la cesión de créditos, pero la solución es, en el fondo, la misma. Uno de nosotros paga a los demás, y el deudor, que hasta ese momento era de todos, le pertenece entonces a él solo: es su *adiudicatus.*

—Pero si el *in partes secare,* a fin de cuentas, termina en una operación así ¿por qué no ha permitido el legislador que también en este caso se venda, igual que cuando el acreedor es uno solo?

—¿Piensas que la ley debería haber dispuesto que los acreedores vendan a ese hombre?

—Así es.

—Habría sido una ley muy mala. ¿Cómo podría haberse cumplido esa venta? Aquí en Roma no cabe hacerla.

—¿Por qué no? ¿Es que en Roma nadie puede caer en la esclavitud? [2]

—No es esa la razón. El ladrón sorprendido en flagrante delito se convierte en esclavo de la persona a quien robó y queda en Roma. La razón es otra. Si todos los deudores insolventes vendidos como esclavos permanecieran en Roma, se nos crearía un peligro muy grave. Esos sujetos andarían constantemente promoviendo agitación y urdiendo maquinaciones. Junto con con sus amigos y parientes incitarían al pueblo contra nosotros, al que mostrarían el gran número de nuestras víctimas. ¡Serían una estadística viva y ambulante de las retenciones personales! Y los tribunos, que ya bastante nos dan que hacer, sacarían partido de esa situación para malquistarnos con el pueblo. Eso amargaría la vida y los negocios a todo buen comerciante. No. A ese hombre hay que sacarlo de Roma. Ojos que no ven, corazón que no siente. Así, pronto será olvidado, y estaremos a salvo de cualesquiera ase-

---

[2] Así opina PUCHTA, *Cursus der Institutionem,* I, § 179, 9.ª ed. de P. Krüger, pág. 552.

chanzas de parte suya. La disposición que ordena su venta al extranjero es una de las normas más sabias de nuestro excelente derecho crediticio. Sin ella, ese derecho no valdría tres habas.

—Me he convencido. Para vosotros es indispensable que el deudor sea vendido *trans Tiberim*. Los ladrones capturados pueden permanecer en Roma, pues nadie se compadece de ellos, pero no quienes son vendidos por deudas, porque cuentan con las simpatías de todo el pueblo bajo.

—Me alegro de contar con tu asentimiento. Pero las ciudades extranjeras quedan lejos, y es allí donde hay que buscar los eventuales compradores, que, por cierto, no aguardan a la vera de los caminos. Supongamos que uno de nosotros se encargue de buscar un comprador. Parte pues con el deudor, a quien, por supuesto, lleva atado para que no huya. Primero va a la vecina ciudad de Fidenes, donde los romanos no somos vistos en este momento con buenos ojos. Acuérdate que estamos en el año 320 de Roma. En esa ciudad ofrecen sólo 600 ases por ese hombre que vale por lo menos 1.000. El vendedor sigue entonces su camino hasta Veyes. Allí ofrecen 650 ases, lo que también es poco. Nuestro héroe no se amilana y se encamina a Faleria, donde logra obtener un precio de 670 ases. También es poco. Quedan Clusium, Arretium, Faesulae. Se dice que en la Etruria Septentrional se pagan por los esclavos mayores precios que en la Etruria Meridional. Eso es lo que dirían los demás acreedores, y nada les cuesta decirlo, pero el hombre que ha cargado con las molestias del viaje, cansado de tantas andanzas, regresa a Roma e informa sobre lo sucedido. Escuchemos qué recepción se le tributa.

CORO DE LOS ACREEDORES: ¿Por un hombre tan sano y vigoroso como Máximo no te han ofrecido más que 670 ases? Es un precio irrisorio. Debes de haber sido muy torpe o no haberte empeñado mucho si no has conseguido una oferta mejor.

—¿Así me dais las gracias por mi fatiga? Nunca más aceptaré una comisión semejante. Enviad a otro y ved si puede obtener mejor precio.

—Eso es lo que haremos. Como todos estamos interesados en esta operación, es seguro que alguno se prestará para hacerlo. ¿Quién se ofrece?

VOCES: —Yo no puedo, soy demasiado viejo.

—Yo no puedo ausentarme. Mis negocios me lo impiden.

—Yo debo comparecer ante el tribunal en los próximos días.

—Yo tengo que labrar mi tierra.

UNA VOZ AISLADA: Yo estoy dispuesto a ir, pero no sin compensación. Tendréis que pagarme el viaje.

—A otro perro con ese hueso. Ya sabemos lo que buscas: tienes que ir a Clusium para atender tus propios negocios y quieres que nosotros te paguemos el viaje. ¿Y si tú tampoco puedes venderlo, qué haremos? No habremos adelantado nada, y habremos gastado dinero inútilmente. Ni hablar de eso.

—Y bien, forastero. Tú que crees poder perfeccionar nuestro derecho, ¿qué propones ahora?

—Me he convencido de que una venta en el extranjero, efectuada por un consorcio de acreedores, tiene sus dificultades.

—Y todavía falta considerar otro factor que has olvidado. La ley ordena que el deudor debe abandonar Roma para siempre en el término fijado para la venta. Siguiendo el método que tú propones, hasta que se haya logrado una oferta adecuada y ésta haya sido aceptada por los acreedores, podrá volver a la ciudad varias veces.

—Es verdad; así no se puede. Pero ese obstáculo se salva fácilmente si los acreedores consintieran en encargar de la venta a una persona de confianza que ellos mismos elijan.

—¿Qué opináis de esta nueva propuesta, mis dignos coacreedores?

CORO DE LOS ACREEDORES: Este hombre parece entender bien poco de negocios. Que haga la prueba con nosotros. ¿Qué quiere que hagamos?

—Elegid a uno de vosotros para que se encargue de la venta.

—¿Fijando o no fijando un precio mínimo?

—Lo primero sería seguramente lo más adecuado.

—Pues bien. Fijémosle un mínimo.

VOCES: Mil ases.

—A ese precio no lo venderemos. Tenemos que fijarlo en 800.

—Eso es muy poco. Por menos de 950 no deberemos soltarlo.

—¡Fácil decirlo! ¿Qué haremos si, como es bien probable, nadie ofrece comprarlo a esa base? La base tiene que ser lo más baja posible. Yo, por mi parte, la fijo en 700 ases.

—Yo en 750.

—Y yo en 850.

—Y ahora, di tú, forastero, decide. ¿Qué base hemos de fijarle?

—Si los acreedores no pueden ponerse de acuerdo sobre la suma, no podrá fijarse base. No quedará pues otro remedio que autorizar al fiduciario para que cierre la operación según su leal saber y entender.

UNA VOZ: Elegidme a mí, entonces, no pido siquiera que se me abonen los gastos del viaje.

CORO DE ACREEDORES: Te creemos. En esas condiciones, todos nos ofrecemos prestamente. No habría negocio mejor. Ya sabemos lo que eso significa. ¿Qué garantía tenemos de que tú, o quien fuere, no se guardará la mitad del producto de la venta en su bolsillo?

—Tenéis que elegir, por supuesto, a una persona honrada, de toda confianza.

—¿Honrada, de confianza? Todos lo somos. Si no hay que acreditar otros títulos, cualquiera podría ser el indicado.

—Pasad a elegirlo, pues.

—Yo voto por mí mismo.

—Yo también. — Yo también *(y así continúa).*

—Pero de esa manera no se podráa concretar ninguna elección.

—¿Ahora te convences de eso? Podrías haberlo sabido de antemano. Entre nosotros, cada cual sólo confía en sí mismo, y no en los demás.

—Si sois a tal punto desconfiados, no os quedará más remedio que poneros en marcha todos juntos para vigilaros el uno al otro.

—Basta ya, forastero. Te habrás convencido de que no tienes vocación de legislador y que nosotros, los romanos, sabemos mejor cómo manejar nuestro derecho. La venta por un consorcio de acreedores es algo carente de sentido. Los acreedores no pueden emprender un viaje todos juntos, y jamás se pondrán de acuerdo en designar a uno de ellos, porque saben a qué riesgo se expondrían. La venta de un deudor en un país extranjero sólo puede llevarla a cabo una sola persona, guiada por su propio interés. Así es como hasta ahora siempre hemos resuelto la cuestión y estimo que es la única manera acertada. Has llegado justo en un momento en que nos disponemos a hacerlo. Yo mismo iniciaré el procedimiento. —Oídme, honorables varones y coacreedores, ¿a cuánto ascienden todos los créditos juntos?

—En total, suman 2.000 ases.

—¿Quiere alguno de vosotros comprar al deudor por esa suma?

—Yo no pagaría por él ni 1.000 ases. Ofrezco 900.

—Yo ofrezco 950.

—Yo doy 1.000.

—¿Ninguno ofrece más?

—La oferta es muy baja. Ese hombre vale por lo menos 1.100 ases.

—¿Quieres ponerlos tú?

—No.

—Pues entonces queda firme la oferta de 1.000 ases. Lo entregaremos por esa suma.

—Protesto. La ley no me obliga a otorgar mi consentimiento. Siendo así, prefiero hacer uso de mi derecho al *in partes secare.*

CORO DE LOS ACREEDORES: Sabemos bien qué es lo que te propones: quieres que, para vencer tu porfía, te paguemos tu crédito íntegro. Pero no te hagas ilusiones. Cualquiera podría valerse de esa maniobra y oponerse al interés general en provecho propio. Aquí todos tenemos los mismos derechos. Tu supuesta intención de despedazar al deudor no es más que una treta para hacernos temer por nuestros créditos. ¡Pero no podrás amilanarnos! Sabemos muy bien que preferirás el dinero a un trozo de carne humana. Haz el intento de cumplir tu amenaza. Pero te advertimos que te saldría caro. Nosotros no te perdonaríamos nunca, si llegaras a privarnos de lo que nos corresponde.

—Eso no me arredra.

—Pues bien, pon manos a la obra. Aquí tienes un cuchillo. Venid, quirites, que tendremos un espectáculo digno de verse. Espurio Postumio quiere cortar a nuestro deudor en pedazos.

¿Y bien? ¿Vacilas? Ya sabíamos nosotros que tu amenaza era vana. Otra vez déjate de amaños, con los que no logras más que hacernos perder el tiempo.

¿Quién ha hecho la oferta más alta?

—Yo, Tito Aufidio. Pagaré en seguida a cada uno de vosotros el cincuenta por ciento de su crédito, que es lo que le corresponde. Aquí está el dinero.

—Bien, forastero, ¿qué opinas? ¿Está bien hecho así?

—Muy bien hecho. Se llega así al mismo resultado que en la *bonorum venditio,* que, vosotros, por supuesto, no podéis conocer, porque será creada dentro de poco por un edicto pretorio. La masa concursal es ahí subastada públicamente y adjudicada a aquel acreedor que ofrezca los porcentajes más altos. Yo pensaba que eso era una invención del pretor y, en su forma originaria, incluso del *praetor peregrinus,* pero ahora me he convencido que éste sólo ha tomado la institución de vosotros.

Me quedan por haceros algunas preguntas. Ante todo, ¿por qué subastáis únicamente la persona del deudor, y no sus bienes?

—Algunos de nosotros ya le han quitado sus bienes. Y si hubieran quedado algunos, habrían sido adjudicados al que adquiría su persona; habrían estado incluidos en la subasta. El deudor *adiudicatus* corresponde íntegramente, con su persona y su patrimonio, a ese acreedor.

—Veo que ahí a su lado están su mujer y sus hijos, que se despiden de él. Podríais haberlos vendido también, si todas sus pertenencias pasaban a ser vuestras.

—No, el sujeto ha tomado sus precauciones. Cuando se dio cuenta de que no podía salvarse, los emancipó, y nosotros ya nada podemos hacer. En las clases pobres, las mujeres ya se precaven al contraer matrimonio. Como temen que algún día podrían caer junto con sus maridos en la servidumbre, no celebran el matrimonio *cum manu.* Tenemos que tolerar incluso que ellas mismas o sus padres nos reclamen su parte de la masa concursal, sobre la base de sus créditos dotales. A tal fin, les dan forma de estipulación, de las *cautiones rei uxoriae.* En los buenos tiempos de antaño, la mujer no podía sacar de la masa concursal ninguna porción de su dote. Pero eso pertenece al pasado, la gente es hoy demasiado avispada.

—Una pregunta más. Si los decenviros no contemplaban seriamente la aplicación de la pena corporal, sino que preveían la solución que dais vosotros al problema, ¿por qué no la establecieron expresamente?

—Se nota que no eres romano. Mira este pasaje de la Ley de las XII Tablas que te señalo aquí con el dedo. ¿Cómo reza?

—*Si membrum rupit, ni cum eo pacit talio esto.* ¿Qué tiene que ver esto con mi pregunta?

—Para que lo sepas: la ley amenaza con el talión, pero en la realidad casi nunca se aplica. Las partes acuerdan una indemnización, que variará según su situación económica, su energía, su constancia y su tenacidad. Ha habido casos, sí, en los cuales no lograron ponerse de acuerdo y se iba a proceder al talión, pero en el momento decisivo terminaba cediendo ya el uno, ya el otro. O el uno reducía sus exigencias, o el otro aumentaba la suma ofrecida. Ese fue precisamente el propósito de la ley: la amenaza del talión había de ser únicamente un medio de presión, para forzar a las partes a llegar a un acuerdo amigable, como se desprende claramente del aditamento: *ni cum eo pacit,* pero los decenviros tuvieron buen cuidado en no preceptuar ese *pacere* directamente. Habría sido totalmente innocuo sin la amenaza del talión, que era lo único que podía tener en jaque a ambas partes. Lo mismo ocurre con la amenaza del *in partes secare.* Sólo quiere ser un medio de presión. A las palabras de la ley: *in partes secanto,* tienes que agregar mentalmente: *ni pacunt.* Es ese *pacere* el que tiene en mira la ley, y el medio para ello ha sido tan bien elegido que no nos falla nunca, como tú mismo acabas de comprobar.

—El medio, efectivamente, ha sido elegido muy sagazmente. Me hace recordar una institución de nuestros días: el *jury* inglés. Sus veredictos tienen que ser unánimes, y la ley, para conseguir esto, obliga a los jurados a no abandonar la sala de deliberación hasta haber logrado la unanimidad.

Mi cigarro se ha consumido. El cuadro desaparece. De ahora en adelante prescindiré de estos cigarros. Ya no los necesito, porque he descubierto que tengo el don de suscitar escenas jurídicas en sueños, y esto es más cómodo, porque así puedo despachar estos asuntos mientras duermo y me ahorro las horas de mi jornada de trabajo. A continuación os referiré el sueño por el cual descubrí por primera vez en mí esa facultad.

Parte III

En el cielo de los conceptos jurídicos

Una fantasía

La Justicia

Figura central en la decoración de la bóveda de la Stanza della Segnatura, en el Vaticano. Obra de Rafael, h. 1508, durante el pontificado de León II, época en que Erasmo publicó su «Elogio de la locura».

En el cielo de los conceptos jurídicos

Una fantasía

No había muerto, y, al desprenderse de mi cuerpo, mi alma fue recibida por una figura luminosa.

—Desde ahora quedas libre de los lazos de la sensualidad —me dijo— y las cadenas que ataban tu alma a tu cuerpo están rotas. Desde ahora en adelante, sólo eres espíritu, y, como tal, ya no será menester que busques penosamente el «espíritu» de alguna cosa. Todo lo que te rodea, todo el mundo, es espíritu [1]. El mundo que hasta ahora creíste percibir, no existía más que en tu imaginación, igual que el tiempo y el espacio, que eran formas de tu visión subjetiva, como debes ya saberlo si has estudiado y entendido a Kant y a Schopenhauer: todo era espejismo y alucinación. El verdadero ser es de índole inmaterial, todo el mundo es espíritu y tú mismo eres parte de ese espíritu. Lo que piensas, eso es lo que es, el pensar y el ser son una misma y única cosa. En eso se basa el poder de la voluntad que se ha elevado a la altura de sí misma, de esa voluntad que en aquella etapa previa terrena sólo conociste en su forma imperfecta, en sus prístinas manifestaciones en el mundo fenoménico. El tormento de la voluntad, como lo llaman vuestros filósofos, que sólo tienen a la vista la voluntad terrenal, ha cesado para ti. De ahora en adelante, tu solo pensar será querer. Lo que hayas pensado, lo habrás querido, y lo que hayas querido, será realidad. El pensamiento y la realidad son uno.

—Gracias por tus instrucciones. Más o menos, es así como me lo había imaginado, pero me place tener por tu boca la confirmación. ¿Cómo he de llamarte?

—Nosotros, los espíritus, no llevamos nombre. Ya no somos individuos, como los humanos. La individualidad también es sólo una de las formas de

[1] C. F. CHRISTIANSEN, *Institutionen des römischen Rechts*, Altona, 1848, pág. 7. «El espíritu es: verdadero "es", "ser", "esse", porque no es el ser, sino que es: "ser ser", "es ser"; el espíritu es "es-píritu".»

la limitada existencia terrenal y se basa, como todas las demás, en el encadenamiento del espíritu al cuerpo. Cuando el espíritu rompe el vínculo que lo ataba al cuerpo, se diluye en la sustancia espiritual que es el mundo verdadero, como la gota de agua que cae al mar. Yo soy tú, tú eres yo, todos somos uno, todos sin diferencia una misma y única sustancia espiritual. La idea de una existencia individual, a la que te habías entregado hasta ahora y que por un tiempo aún persistirá en ti, es, como lo descubrirás dentro de poco, una vana ilusión. Te percatarás de que no eres tú quien existe y quien piensa, sino que hay algo que existe y que piensa, y que tu ser y tu pensar tiene con respecto al ser general y al pensar general tanta independencia como puede tenerla una gota de agua en un río o una ola en el mar. ¿Has entendido?

—No podría afirmarlo.

—Es que tendrías que haberte ocupado más de la filosofía cuando vivías en la tierra. A un filósofo no le cuesta nada comprender el ser y el pensar impersonales. Pero con el tiempo también tú lo comprenderás. El paso de la subjetividad al ser impersonal no es tan fácil para los inexpertos. También yo he tenido que acostumbrarme.

Actualmente todavía te encuentras en una etapa de transición, equivalente a la de la crisálida que ya no es oruga pero que aún no es mariposa. En ese estado en que te hallas, no sabrás si estás despierto o soñando, ni si lo que ves y experimentas es ilusión o realidad. Es éste el primer síntoma de que tu conciencia subjetiva se está extinguiendo. Sabrás, seguramente, que todas las transiciones difíciles se operan pasando por etapas intermedias.

Por lo demás, para que me entiendas, descenderé al nivel de lo que ha sido hasta ahora tu punto de vista y me adaptaré a tus conceptos de tiempo, espacio e individualidad. Por eso, te permitiré que me consideres un individuo e, incluso, para que nos diferenciemos nosotros dos, que en realidad somos uno, podrás llamarme por un nombre.

—¿Y cómo he de llamarte?

—Llámame Psicóforo, el guía de las almas. Yo soy quien te guiará hasta el lugar de tu destino. Digo «lugar» y «guiar» para adaptar lo que ahora está ocurriendo contigo a tu manera de imaginar las cosas. Si ya estuvieras más adelantado sabrías que la idea de un lugar determinado en el espacio descansa en la imperfección del pensamiento humano, y que tampoco necesitarías de mi guía, porque te bastaría pensar el lugar de tu destino, para encontrarte allí.

—Trataré de hacerlo. ¿Adónde debo trasladarme mentalmente?

—Como eres un romanista, irás al cielo de los conceptos jurídicos. Allí encontrarás todos esos conceptos de los cuales tanto te has ocupado en vida. Pero no en la forma imperfecta en que han quedado en la tierra, deformados por legisladores y prácticos, sino en estado de perfecta e inmaculada pureza y belleza ideal. Aquí se recompensa a los teóricos por los buenos

servicios que han prestado a tales conceptos en la tierra. Allá los contemplaron tras un velo, pero ahora pueden verlos con toda claridad, los contemplan cara a cara y los tratan de igual a igual. Las cuestiones a las cuales han buscado en vano una solución aquende, son contestadas allende por los conceptos mismos. Allí ya no hay enigmas civilistas; la construcción de la *hereditas iacens,* de las obligaciones correales, de los derechos sobre derechos, de la naturaleza de la posesión, de la diferencia entre el *precarium* y el comodato, la prenda sobre la cosa propia y como quiera que se llamen todos esos problemas, que tantos sudores han costado a los adeptos de la ciencia en su peregrinación terrena, todos ellos están allí resueltos.

Ese es el cielo al que entrarás ahora a formar parte en tu carácter de teórico.

—¿Así que ese cielo es exclusivamente para los teóricos? ¿Y los prácticos?

—Esos tienen su propio más allá, que pertenece aún al sistema solar. Allí penetran los rayos solares y hay también una atmósfera adecuada a la rústica constitución de un jurista práctico, que no puede subsistir en el vacío que necesitan los conceptos. En ese cielo la vida es igual que en la tierra, dicho sucintamente, el práctico encuentra allí todas las condiciones de la existencia terrena. En el cielo teórico no podría respirar ni podría tampoco dar un solo paso, porque sus ojos no están hechos para la oscuridad que allí impera.

—¿Es que ese cielo es un lugar lóbrego?

—Totalmente lóbrego. Reina una noche tenebrosa. El astro en el que se halla ubicado el más allá teórico ya no forma parte del sistema solar. Ningún rayo del sol penetra ese ambiente. El sol es la fuente de la vida, pero los conceptos son incompatibles con la vida y por ende han menester de un mundo exclusivo, en el que existen en la más completa soledad, lejos de cualquier contacto con la vida.

—Pero, los teóricos que ingresan en ese mundo ¿cómo se las arreglan para ver?

—Los ojos de los teóricos ya se acostumbraron en la tierra a ver en la oscuridad. Cuanto más oscuro es el objeto que tratan, tanto más atractivo les resulta, porque le permitirá hacer alarde de agudeza. El teórico es algo semejante a la lechuza, el ave de Minerva, que ve en la oscuridad. ¿Qué fascinación tendría para él la historia del derecho romano, si las fuentes le permitieran dar a todas las cuestiones una respuesta clara y precisa? Son justamente las lagunas y el silencio, frecuentemente absoluto de esas fuentes, lo que confiere el mayor encanto al asunto. Precisamente los puntos más interesantes son los más oscuros, porque permiten a la fantasía divagar libremente; por eso, contar con ellos es un placer gratísimo. Tomemos, por ejemplo, las Pandectas. ¿Qué se haría de las lecciones sobre las Pandectas, si éstas no tuvieran puntos oscuros, por ejemplo, si la interpretación

de las fuentes no presentara dudas? Esos puntos oscuros son el condimento de la exposición, que tanto apetecen al maestro. Sería una pérdida muy sensible para la ciencia, si los pasajes que durante siglos dieron a muchos miles de romanistas la oportunidad de mostrar su agudeza, recibieran de pronto una explicación irrefutable. Entonces ya no quedaría nada más por hacer, y todo su encanto se habría diluido.

Mas basta ya de palabras. Prepárate. Ahora nos pondremos en camino. No tienes que hacer más que imaginarte con toda energía el más allá que acabo de describirte y lo tendremos delante de nosotros.

—Así lo haré.

Hemos llegado. Mi misión está cumplida. Quizá vuelva para buscarte si no apruebas el examen.

—¿Un examen en el cielo? Yo pensaba que en la tierra ya habíamos rendido bastantes exámenes y que después de la muerte por fin se acabarían.

—¿Crees acaso que en el cielo de los conceptos se permite entrar indiscriminadamente a cualquier jurista? En tal caso, podrían venir también los prácticos y solicitar que se los admita. Este cielo es exclusivamente para teóricos, y sólo para los más selectos. Cuando rindas tu examen se verá si mereces acogida; si no, tendrás que marcharte al cielo de los juristas vulgares. Preséntate al guardián que ves allí.

—Me han dicho que me presente a ti. Quiero entrar en el cielo.

—Veremos si te admiten. Primeramente, tendrás que cumplir la cuarentena, y luego aprobar el examen.

—¿Una cuarentena? ¿Para qué?

—Para cerciorarnos de que no traes aire atmosférico.

—¿Es que el aire atmosférico os hace daño?

—Es veneno para nosotros. Precisamente por eso nuestro cielo ha sido ubicado en el último rincón del universo, para que en él no penetre ni una brisa de aire ni un solo rayo solar. Los conceptos no soportan el contacto con el mundo real. Donde los conceptos han de vivir e imperar, todo lo que pertenezca a ese mundo debe mantenerse a gran distancia. En este mundo de los conceptos, no existe la vida tal como vosotros la concebís. Es el reino de los pensamientos y de los conceptos abstractos que se han venido gestando a partir de ellos mismos, por vía de la *generatio aequivoca* lógica, con total independencia del mundo de la realidad. Por eso, rehúyen todo contacto con el mundo terrenal. Hasta el recuerdo de ese mundo debe ser

borrado de la mente de los que piden aquí el ingreso. De lo contrario, no serían ni dignos ni capaces de contemplar los conceptos puros, que constituyen las delectaciones más sublimes de nuestro paraíso. Para aquellos que no han conseguido borrar por completo tal recuerdo, tenemos instalado un manantial, semejante al río Leteo de la mitología griega: un trago basta para sumir en un completo olvido todas las concepciones que aún lleven vestigios de la vida real. Pero muy pocos de los que solicitan ingreso aquí sienten necesidad de hacer uso de ese manantial.

—¿Son muchos los que aquí ingresan?

—No, son pocos, provenientes casi exclusivamente de Alemania, y aun de allí sólo desde hace algún tiempo. Pasaron siglos sin que viniera ninguno de aquel país. Los teóricos de antaño iban, como los prácticos, al cielo de los juristas vulgares. Pero hace unos cinco o seis decenios arribaron los primeros aspirantes. El primero que solicitó el ingreso se llamaba Puchta, pero después el número de pelicionarios creció en forma muy satisfactoria. Algunos, eso sí, tuvieron que ser rechazados.

—Eso me interesa. ¿Recuerdas por casualidad sus nombres?

—Te puedo dar los nombres de dos de ellos: Arndts y Wächter.

—¿Wächter? Lo comprendo. Ese hombre no captaba las excelsitudes de la jurisprudencia. Su espíritu se movía siempre en la baja esfera de lo práctico. Pero de Arndts no lo habría creído. Su compendio de las Pandectas no es más que una reelaboración de la obra de Puchta.

—Pero seguramente se habrá apartado algo de éste. Se le reprochó que sus tesis no eran lo suficientemente teóricas y que había hecho demasiadas concesiones a las necesidades de la vida práctica, a expensas de la teoría pura. En suma, no aprobó su examen.

—Empiezo a temer por mi suerte. En la tierra, seguí no pocas veces más a Arndts que a Puchta. Pero Savigny estará aquí, seguramente.

—Con ése tuvimos grandes dificultades. Todavía no dominaba muy bien el arte de la construcción y estuvo a punto de ser reprobado, pero por último su escrito sobre la posesión resultó decisivo para que aprobara el examen. Se sostuvo que con ese trabajo había demostrado poseer la capacidad que se exige de todo aspirante al ingreso en este recinto: la de construir una institución jurídica aun prescindiendo en absoluto de su valor práctico, basándose exclusivamente en las fuentes y en el concepto [2]. En vista de eso,

[2] Este duro juicio será justificado más adelante con diversas pruebas. Ya he dado algunas en mi estudio *Der Grund des Besitzschutzes*, 2.ª ed., Jena, 1869. Uno de los reparos más graves que pueden formulársele a SAVIGNY es que no entiende en absoluto el significado práctico de los *interdicta adipiscendae possessionis*, que él coloca en la misma línea que las correspondientes acciones petitorias. (*Recht des Besitzes*, 7.ª ed., págs. 382-388). Según él (pág. 384), no habría «ningún motivo para excluir estas últimas del concepto indeterminado de las acciones posesorias» (pág. 383) y «Los *interdicta retinendae* y *recuperandae possessionis* son las únicas acciones posesorias que

fuimos indulgentes. También su obra sobre la *Vocación de nuestro tiempo para la legislación y ciencia del derecho* gravitó a su favor por sus buenas intenciones y por el impacto que causó en sus contemporáneos. Se opinó que, de no haber mediado ese libro, las propuestas de supresión del derecho romano y su reemplazo por un código vernáculo, habrían prosperado en Alemania mucho antes.

—¿Es que vosotros tenéis interés en que se conserve el derecho romano?

—¿Cómo puedes preguntarlo? ¿Qué sería de nosotros si desapareciera el derecho romano? No quiero ni pensar en eso. Nuestro cielo se convertiría en un lugar yermo.

—¿Es que sólo aceptáis romanistas?

—No exclusivamente, pero les damos preferencia. El derecho romano es el que nos suministra las mejores figuras. Pero no somos exclusivistas. También aceptamos germanistas, penalistas, etc., siempre que compartan con los romanistas la fe en el imperio de los conceptos. La mayoría son profesores, pero también encontrarás a miembros de vuestro Parlamento y de vuestras cámaras de diputados, que, afortunadamente, no se han dejado confundir por Bismarck y siguen fieles a la creencia de que el mundo debe ser regido por principios abstractos. Esa fe inconmovible en el imperio de los conceptos y principios abstractos es el vínculo común que une a todos los que aquí encontrarás. De ese modo están totalmente a salvo de la tentación de preocuparse por las eventuales secuelas prácticas que, normalmente, tampoco los afectan a ellos, sino a otros. Preséntate ahora para cumplir tu cuarentena. En ese período se volatilizará todo el aire atmosférico que aún lleves contigo. Luego se te dará una tarjeta de entrada, que deberás presentar allí en el portón.

Solicito permiso para entrar.

—La tarjeta está en condiciones. N.º de orden 119. Profesor de derecho romano. Puedes pasar. ¿Quieres rendir tu examen en seguida o prefieres echar previamente un vistazo a nuestro cielo? Esto último es optativo.

—En tal caso, preferiría hacerlo.

—Te haré acompañar por un espíritu para que te guíe y te lo explique todo. En vida, él también fue profesor de derecho romano.

---

existen, y los *interdicta adipiscendae possessionis* no tienen con ellos nada en común. Es más: estos últimos no tienen nada de común entre sí». No podría documentarse con con mayor claridad el total desconocimiento del significado práctico del *possessorium* con respecto al *petitorium*.

—¿Cómo te llamas, dignísimo colega?

—Desde que he bebido de la fuente del olvido, he olvidado todo mi pasado y también mi nombre. En mi vida terrena, seguramente habré sido profesor y habré escrito, como corresponde, libros voluminosos; de lo contrario, no estaría aquí. Sospecho que esos libros habrán versado sobre la obligación correal, pues cada vez que la veo en el salón de conceptos, me invade una sensación extraña, un cosquilleo agradable, como si entre ella y yo hubiera habido alguna vez una relación muy íntima.

—Esa sensación la tendrán muchos, pues difícilmente habrá un romanista que no se haya ocupado de ella. No pasa año alguno en el que no aparezcan libros y artículos sobre ese tema.

—Bien se lo merece. Esa obligación es una de las figuras jurídicas más profundas que hay en nuestro cielo. Para los juristas, constituye un problema tan interesante y tan inagotable como lo es la Trinidad para los teólogos. Uno puede sumirse en ella tan completamente que no puede conservar el sentido para ninguna otra cosa. Quien la haya visto cara a cara en nuestro cielo, quedará cautivado para siempre por su hechizo y no podrá entregarse ya a ninguna otra tarea.

—Entonces ten la bondad de no mostrármela, porque no quiero estropearme mi capacidad de comprender y captar otros problemas. ¿Adónde vamos?

—Primeramente, a la palestra. Es ese el lugar de ejercicios gimnásticos, donde las ánimas se recrean cuando están cansadas de contemplar conceptos. A ese lugar volverás luego para rendir tu examen.

—¡Cuántas cosas raras veo por aquí! ¿Y esta máquina tan extraña?

—Es una partidora de pelos *. Cuando te examines, deberás dividir con ella un cabello en 999.999 partículas exactamente iguales. Luego se las pesará en la balanza que ves aquí al lado, tan sensible que un rayo solar bastaría para inclinar sus platillos. Si una sola de esas partículas resulta ser más liviana que las otras quedarás reprobado. Primero se te dará un cabello que aún puedas ver a simple vista; luego, cabellos cada vez más delgados, que, dado tu aún poco desarrollada capacidad visual, sólo podrás ver con ayuda de una lupa. Pero más adelante podrás prescindir de ella. Es verdaderamente increíble cómo el ojo se va perfeccionando y cómo crece con la práctica el virtuosismo en el arte de partir pelos. Tenemos aquí algunos capaces de dividir cada una de esas partículas en otras 999.999 fracciones. El campeón recibe como premio unas coronas como la de laureles, consistente en pelos partidos por él mismo, que conserva hasta que algún otro lo supere. Partir pelos se ha convertido aquí en un pasatiempo inacabable.

---

* *Partir pelos* (verticalmente) tiene en alemán, en sentido figurado, el significado de nimia escrupulosidad, meticulosidad excesiva. (*N. del T.*)

—¿Y esa pértiga?

—Es la cucaña de los problemas jurídicos difíciles. Es tan lisa que hasta un rayo solar, si pudiera entrar aquí, resbalaría en ella. Tendrás tres oportunidades para treparla; si fracasas, habrás perdido el examen. Ves que la pértiga tiene tres cofas. En tu examen deberás llegar a la primera para sacar uno de los problemas que contiene y volver luego a subirlo. Las otras dos sólo pueden ser alcanzadas por trepadores consumados. Naturalmente, en cada sección las dificultades aumentan. Sólo uno llegó una vez a tocar la cofa superior, y luego se vio y se deseó para volver a colocar el problema en su lugar.

—¿Y para qué todo esto?

—¡Qué pregunta tonta! Toda la diversión se acabaría si no hubiera más problemas que bajar. Nuestros problemas son únicamente un incentivo para trepar; no están para ser resueltos. ¿Qué harían todos aquellos que sienten un vivo impulso de trepar, si en la punta no hubiera ya problemas? Por eso siempre hay que volver a subirlos.

—Quiere decir que con vuestros problemas pasa lo mismo que con tres liebres de las cuales se hablaba en una localidad donde fui profesor. Eran las tres únicas liebres en todo aquel coto de caza y conocidas por todos los aficionados a ese deporte. Entre éstos regía una tácita convención de que podían perseguirlas y también disparar sobre ellas, pero sin acertarles, para no arruinar la diversión. Pero ocurrió cierta vez que un cazador mató a una de las liebres, como él mismo dijo, por accidente. La indignación fue general: las liebres, se le dijo, estaban para ser seguidas y buscadas, pero no para ser muertas. Lo mismo parece ser el caso con vuestros problemas.

—Has dado en la tecla. Parece que, poco a poco, vas comprendiendo nuestro cielo jurídico.

—Una pregunta más, si me permites: esos difíciles problemas jurídicos que penden allá en las cofas ¿son problemas prácticos. tienen algún significado para la vida?

—Vuelves ahora a demostrarme que no entiendes nada. ¿Problemas prácticos? Ni menciones aquí la palabra «práctico»; si te hubiera escuchado alguien que no fuera yo, te habrían expulsado de inmediato. ¿Significado para la vida? ¿Es que acaso aquí hay vida? Aquí impera la ciencia pura, la lógica jurídica, y la condición para su imperio, y para toda la magnificencia que de ella emana, consiste en un desentendimiento absoluto de las cuestiones de la vida. Más adelante, cuando veas los conceptos con tus ojos, verás lo que sucede con ellos si tienen que someterse a la vida. Junto al salón de los conceptos, donde podrás contemplar los conceptos puros, es decir, aquellos que existen exclusivamente para sí y relevados de toda relación con la vida, hay un gabinete anátomo-patológico, donde están expuestas las deformaciones y distorsiones que sufrieron los conceptos en el

mundo real. Son todos preparados. Esas criaturas deformes pueden arrastrar una mísera existencia en la tierra, pero no pueden vivir en nuestro cielo, porque aquí puede *vivir* solamente lo que es científicamente *sano,* es decir, conceptualmente puro, lógicamente correcto. Esa vida en la que estás pensando equivale a la muerte de la verdadera ciencia. Es la servidumbre de la ciencia, la esclavitud de los conceptos, que en vez de poder vivir su propia vida, son sometidos al humillante yugo de las necesidades terrenas. En cambio aquí, como he dicho, los conceptos viven su propia vida, y si no quieres arruinarte todas tus posibilidades de ingresar en este reino, no preguntes jamás a nadie para qué sirve todo esto que ves. ¡Servir! Sería lo único que faltaba: que en nuestro cielo los conceptos hubieran de servir. Aquí *imperan* y se resarcen de la servidumbre que tuvieron que tolerar en la tierra.

Sigamos. Te mostraré algunas de nuestras máquinas jurídicas. No puedo explicártelas todas, ni son tampoco todas interesantes por igual, y algunas como por ejemplo el aparato de la ficción, que aquí ves, y cuyo alto valor para los fines del derecho conoces por experiencia propia podrás comprenderlas sin mi ayuda. Escogeré sólo las más interesantes.

Este es el aparato de construcciones. Nos viene bien que esté precisamente en funcionamiento. Veamos qué se dispone a hacer el ánima que lo está usando.

—Venerable espíritu, permíteme que te pregunte: ¿de qué te ocupas en este momento?

—Estoy construyendo el contrato.

—¿El contrato? Pero si es lo más sencillo del mundo. ¿Qué queda por construir en él?

—Mucho, precisamente por ser tan sencillo. Pareces ser un novato, porque de lo contrario ya habrías aprendido esa verdad. Justamente las cosas más sencillas son los objetos más interesantes y mejor aprovechables para el arte de la construcción. Cualquiera puede comprender lo que es sencillo, pero la comprensión resultante refleja también su simplicidad. El entendido sabe que los fenómenos jurídicos más sencillos encierran la dificultad más grande, y en lo que respecta al contrato, que a ti te parece tan sencillo, no sé siquiera si tendré éxito en mi intento de construirlo. Poco me falta para declarar que el contrato es una imposibilidad desde el punto de vista lógico [3].

[3] Cfr. las deducciones de SIEGMUND SCHLOSSMANN, *Der Vertrag,* Leipzig, 1876, §§ 7-10. Allí se nos dice, por ejemplo (pág. 59), que «si bien para la doctrina dominante el elemento esencial en el contrato es el consentimiento, tal elemento no le resulta, en última instancia, suficiente, y por eso se ve obligado a añadirle otro *elemento que no está contenido en el mismo* (!): la explicación del consentimiento»; en la pág. 61, que la doctrina dominante incurre en grave inconsecuencia en cuanto exige que la declaración de voluntad se manifieste frente a la otra parte; en la pág. 75, que la esencia de la construcción jurídica consiste en «designar a las cosas como algo distinto de lo que son, y tratarlas luego jurídicamente como aquel *quid alii* que no son»; en la pág. 72,

—¿Pero cómo...?

—Calla. Ya sé lo que querías decir. Ibas a preguntar qué se haría en la vida sin los contratos. Recuerda lo que te dije: aquí no debes mencionar la palabra «vida»; si no, estás perdido. Corrige tu pregunta.

—Yo..., yo... quería decir: ¿que será entonces de tareas tales como la construcción de los derechos sobre derechos, de la *hereditas iacens,* del derecho de prenda sobre la cosa propia?

—¡Esas son bagatelas! Hace ya mucho que las tengo terminadas. Cuanto más complicada es la relación, tanto más fácil resulta construirla; cuanto más sencillo, tanto más difícil. Lo único que, fuera del contrato, aún me atrae, es la obligación y la representación directa.

—¿Podría saber a qué conclusiones llegaste respecto de ellas?

—Respecto de la obligación, resulta que es un derecho sobre el acto del deudor.

—Esto no lo concibo. Mientras el acto no ha sido ejecutado, no existe, y por consiguiente tampoco puede tenerse un derecho sobre él.

—¿Existir? Se nota que no eres de los nuestros. Lo que nosotros pensamos, existe. El acto del deudor que, para tu limitada mentalidad, que parece no haber superado aún la categoría tiempo, sólo existe en el futuro, sí existe ya para mí, que no conozco esa valla que obstaculiza el pensamiento. Basta con que me lo imagine, y el acto existe. Para nosotros, el pensar y el ser son todo uno.

—Yendo por ese camino, sí. ¿Y cuál ha sido el resultado de su construcción de la representación directa?

—Que ella es imposible. Es inconcebible que el acto de A sea el acto de B, lo que sería necesario para que los efectos de ese acto recaigan en este último. Pero así como el uno no puede tomar una medicina por el otro, tampoco puede ejecutar por él un acto. Lo primero es una imposibilidad física, lo segundo una imposibilidad lógica. El efecto sólo puede producirse en la persona en la cual se produjo la causa. Si el derecho positivo dispone que de un contrato celebrado por mandato ajeno y en nombre ajeno sólo derivarán derechos y obligaciones para el mandante, pero no para el mandatario, procede con arbitrariedad caprichosa, que viola todas las leyes del pensamiento jurídico. Los romanos hallaron la única solución acertada, por cuanto hicieron que los efectos del contrato se produjeran primero en la persona del representante, de la cual se transmitían luego a la del representado...

---

que la jurisprudencia «complica una operación mental que requiere un solo paso, demostrando que ha menester de uno, dos y tres pasos». En la pág. 79, el autor resume sus conclusiones diciendo: «El contrato no es un concepto utilizable en jurisprudencia. Hay multitud de hechos-tipo que son contratos; pero el hecho de que sean y se llamen contratos no nos da ninguna explicación de su esencia jurídica, es decir, de la razón por la cual obligan». Más adelante traeremos otras citas de esa obra.

—Pero en la adquisición de la posesión y de la propiedad autorizaron que se produjeran directamente en la persona del representado.

—¡Y bien grave que fue eso! Eso ocurrió en el período de la decadencia del pensamiento jurídico romano.

—No te trabes aquí en discusiones con nadie. Todavía no has alcanzado la altura debida en el pensar conceptual. — Sigamos. — Lo que ves aquí, es una prensa hidráulico-dialéctica de interpretación. Con ella se extrae de todo pasaje o texto lo que se necesita. De las dos bombas conectadas junto al cilindro principal, la una contiene el aparato dialéctico de infiltración, el inyector por el cual se introducen pensamientos, presupuestos y salvedades que eran totalmente desconocidas para el autor del pasaje. Es un invento de los teólogos; nosotros, los juristas, sólo lo hemos copiado, aunque la copia no resiste la comparación. Nuestro aparato rinde sólo una décima parte de lo que rinde el de los teólogos, que hace penetrar sistemas enteros en una sola palabra. Pero para los fines jurídicos el nuestro nos basta perfectamente. La otra bomba es el aparato de eliminación, el eliminador, que elimina manifestaciones positivas indeseables de los pasajes. Manejando bien esa máquina, se logran armonizar los pasajes más contradictorios.

—¿Y esa máquina que está ahí al costado?

—Es el taladro dialéctico. Sirve para llegar al fondo de las cuestiones difíciles. Representa la realización mecánica del problema de la labor a fondo de investigación científica. Por lo demás, su manejo requiere gran destreza. Cualquier torpeza pequeña hará que el taladro perfore el objeto, saliendo por el otro lado, lo que a nosotros, los espíritus, nos causa gran hilaridad. Para humillar al chambón y como advertencia para los demás, las piezas malogradas son conservadas y exhibidas. Aquí puedes verlas.

—No me sorprenden. Esperaba encontrar oquedades en vuestro cielo.

—Haz el favor de abstenerte de indirectas maliciosas. Para que no tengas más oportunidades de hacerlas, no te mostraré las restantes máquinas y aparatos. Iremos directamente al último del que tomarás vista en la palestra: la pared del vértigo, que cierra el recinto.

—¡Qué altura inmensa! Mis ojos apenas alcanzan a ver dónde termina.

—¡Esfuerza tu vista! ¿No ves allá arriba algo que se mueve?

—Efectivamente. Parece ser uno de vuestros espíritus. ¿Qué está haciendo?

—Adiestrándose contra el vértigo. El muro se eleva por tramos. En el tramo inferior la senda que sube tiene aún el ancho del pie de nuestros espíritus, pero a medida que se asciende se va haciendo cada vez más angosto hasta no tener por último más grosor que el filo de una navaja de afeitar. Es esta la senda de la deducción dialéctica, en la que la razón, al menor traspiés, corre peligro de caer al precipicio del absurdo. De los tramos superiores son muchos los que caen. Mira; ahí tenemos un ejemplo. El hombre cae.

—¡Espantoso! ¡Desde esa altura! Y para colmo, ha caído de cabeza. Ha de estar malherido.

—No, no ha quedado muy maltrecho. Ya ves que en seguida vuelve a levantarse para repetir el experimento. Nuestras cabezas están hechas para soportar golpes. Tú también tendrás que subir por esa pared cuando rindas tu examen, pero sólo hasta el tramo inferior.

—Después de todas estas informaciones sobre las muestras de destreza que deberé dar, siento verdadero pavor. Temo mucho que no podré aprobar mi examen. Creo que no me presentaré.

—Eso es asunto tuyo. Ahora te llevaré a la Academia de Historia del Derecho.

—¿Tenéis una academia propia de historia del derecho?

—No de historia del derecho en general, sino únicamente del derecho romano, y tampoco del derecho romano en general, sino de una sola rama de esa historia, que sin embargo supera en mucho a todas las otras por su interés y valor científico.

—¿La protohistoria?

—No. A ésa le asignamos tan sólo el segundo lugar. El primero lo ocupa la restauración de las fórmulas y de los textos romanos. Se la tiene por la ocupación más difícil y valiosa en la historiografía del derecho romano. Quien no entiende de este arte, no es admitido en la Academia.

—No serán muchos los académicos, entonces.

—No creas. Son pocos, claro está, los que se atreven a trabajar con los textos; a la mayoría les falta el valor o los conocimientos filológicos para tamaña empresa. Pero felizmente no escasean los que ensayan restaurar fórmulas. En consecuencia, la Academia se divide en dos clases: la superior, que se dedica a la restauración de textos, y la inferior, para la restauración de fórmulas. Los de la primera clase se consideran y se dan el nombre de académicos plenos; mientras que a los de la segunda clase los llaman «semiacadémicos». Estos saben de ese calificativo y se sienten muy ofendidos, pero a su vez se consuelan mirando con desdén a aquellos historiadores que no son siquiera capaces de restaurar fórmulas.

—¿Puedo entrar a ver la Academia?

—Por supuesto; sólo que, como no eres miembro, no podrás dirigir la palabra a ninguno de los presentes. Si quieres saber algo, pregúntame a mí. Te llevaré solamente a la primera sección; la segunda no tiene mayor interés.

—¿Qué es ese tablero que veo allí colgado?

—El tablero de ensayos. En él se anotan los textos de tablas romanas que presentan lagunas y que han de restaurarse. Para variar, el texto se renueva cada mes. Para ejercitarse, hay allí diversos códigos mutilados. Hay hojas en las que sólo pueden leerse algunas letras, y en algunas, hasta esas letras faltan. Veamos qué texto figura en este momento.

UN.....
.....FRUC
.....HTB
ARE.....
SP.....I
ELE.....
RE.....
I.....EN...

—¿Te atreverías a completar este fragmento?

—Nunca he intentado hacer restauraciones y en este caso tampoco me animo a hacerlo. A lo sumo, interpretaría que las letras SP han perdido el añadido QR y que el texto decía: Senatus Populus (que Romanus).

—Así lo han interpretado todos los académicos, pero éste es también el único punto en el cual coinciden, porque en todos los demás sus restauraciones divergen completamente. Hasta ahora, ninguno ha encontrado la solución correcta, ni a este problema ni a ninguno de los anteriores. Quien acierte, se convertirá en Presidente de la Academia y mantendrá ese sitial hasta que algún otro lo desplace por la misma vía. Pero hasta este momento nadie ha ocupado ese puesto.

—Debe de ser muy desalentador. Yo abandonaría esa empresa.

—Tú no entiendes eso. Cada uno de ellos está firmemente convencido de haber hallado la solución justa, y es esa convicción la que le da satisfacción. Quien le haya tomado el gusto a ese pasatiempo científico, no hallará otro placer más excelso, pues éste le da la sensación de haber rescatado y desenterrado una pieza perdida de la Antigüedad clásica, lo hace creerse un Schliemann de las fuentes jurídicas romanas. Cualquiera puede leer las fuentes, pero hacerlas... ¡ahí está el arte! Así, por ejemplo, en los escritos de Festo y de Varrón se hallan muchas veces fárragos de palabras: trastos viejos para quien no sepa valorarlos. Pero he aquí que aparece el hombre indicado que, con ayuda de esas palabras, nos ofrece una nueva regla de la Ley de las XII Tablas. También Gayo... ¡ah! pero ahí está trabajando justamente el académico que se viene ocupando de él desde hace tiempo. Veamos qué está haciendo. —Venerable espíritu, ¿qué punto de la obra de Gayo te ocupa en este momento?

—Acabo de colmar las lagunas y ahora estoy corrigiendo el texto. Me he convencido de que Gayo cometió con frecuencia burdos errores por ligereza. Por ejemplo, al reproducir la fórmula del testamento romano (II, 104), omitió poner *ex iure Quiritium meam esse aio*. Acabo de reponer esa cláusula en el texto[4].

[4] HUSCHKE, *Jur. Ant.*, loc. cit.

—Me parece...

—¡Chitón! No le hagas ninguna clase de observaciones, porque se te expulsaría de inmediato de la sala por mala conducta. Lo que tengas que decir, dímelo por lo bajo al oído. ¿Qué es lo que te parece?

—Me parece que eso no tiene ni pies ni cabeza. Lo que quiere destacar el *familiae emptor,* al cual se refiere la fórmula, es que él no es propietario, sino únicamente, para servirme de un término del derecho germánico, *salmann* o fiduciario, y que sólo quiere tomar la herencia bajo su custodia y administración [*familia pecuniaque tua endo mandatela(m) custodela(m) que mea(m) ...est empta*]. El *ex iure Quiritium meam esse aio* implicaría justamente lo contrario. Si el *familiae emptor* hubiera llegado a ser *dominus ex iure Quiritium,* habría podido vender todos los bienes de la herencia, dejando a los herederos y legatarios con un palmo de narices. Por eso solamente se le confiere la *mandatela custodelaque* de la herencia.

—Esa es también mi opinión. Mas él no para mientes en eso. El *ex iure Quiritium meum esse* le suena más grato a sus oídos que el mero *meum esse,* y donde falta ese aditamento él se encarga de añadirlo [5].

—Está dejando ya de lado a Gayo. ¿De qué autor pasa a ocuparse ahora?

—De Paulo. Está corrigiendo la fórmula de la *interdictio bonorum* (S.R. III 4a, 7), convirtiendo el *ea re* del pasaje final: *ob eam rem, tibi ea re commercioque interdicto* en un *lare* [6].

---

[5] Innecesario es decir que no se puede añadir el *ex Quiritium* a todo pasaje de las fuentes en el que figura un *suum esse.* Los romanos distinguían aquí con gran precisión. La *reivindicatio* ejercida mediante la *legis sacramento* y mediante la *sponsia praeiudicialis* se basaba en la afirmación: *meum esse aio ex iure quiritium* (GAYO, IV, 16, 93), la ejercida mediante la fórmula petitoria en un simple *meum esse* (GAYO, IV, 92); la primera estaba limitada a los romanos, mientras que la segunda era aplicable a los peregrinos y es probable que fuera introducida originariamente para éstos por el *praetor peregrinus.* La antítesis de estas dos fórmulas se repite también en las dos formas de la representación: el *procurator* y el *cognitor*; del primero de éstos dice GAYO (IV, 86): *in rem quoque si agat, intendit P. Maevii esse ex iure Quiritium, et condemnationem in suam personam convertit,* y del segundo simplemente (IV, 83): *quod fundum peto, in eam rem, etc.* Considero equivocado incorporar el aditamento *ex iure quiritium* a la *intentio* de la *hereditatis petitio* y a la fórmula petitoria de la *reivindicatio,* como lo hace LENEL, *Das Edictum perpetuum,* Leipzig, 1883, págs. 138 y 146. Cuando las fuentes, al referirse a una acción, emplean la palabra *petere* (si *ususfructus ager vectigalis, hereditas petitur,* y también en la *bonorum possessio*) está excluida cualquier referencia al *ius Quiritium.* Espero ocuparme en otra parte del significado que tuvo este *ius* en el derecho arcaico (conexión con la autodefensa legal). No contenía una simple remisión al derecho vigente, porque en tal caso habría tenido que repetirse en todas las acciones del *ius strictum,* lo que, como se sabe, no ocurría, y además habría sido absurdo. Donde el viejo derecho considera, por excepción, que esa remisión es necesaria, emplea la expresión: *secundum legem publicam,* así por ejemplo, GAYO, II, 104. Si se hubiera prestado mayor atención a las antítesis resultantes de GAYO, IV, 83, 86 y 92, 93, no se habría empleado el *ex iure Quiritium* tan a la ligera.

[6] HUSCHKE, *Jur. Ant.,* loc. cit.

—¿Y a qué viene eso?

—La palabra *lar* alude probablemente al culto doméstico. Esto seguramente habrá sorprendido a los romanos no menos de lo que te sorprende a ti. Si así fuera, al pródigo no solamente se le habría quitado la administración de sus bienes, sino que también se le habría prohibido participar en el culto.

—¿El pretor habría hecho eso? Pero si el pretor no tenía atribuciones en materia religiosa, que era, como se sabe, de competencia de los pontífices, y no tengo ninguna noticia de que el pretor se hubiera inmiscuido en esa esfera. En vuestro cielo se aprenden cosas insospechadas allá en la tierra. ¡El pretor, autoridad suprema en materia religiosa! Pero ¿por qué no? En Alemania también ha sucedido que el Presidente de un Superior Tribunal Regional fuera nombrado Presidente del Superior Consistorio.

—A nosotros esas pequeñeces no nos apabullan. En el cielo se terminan todas esas cuestiones de competencia, que tanto dan que hacer a las autoridades terrenales.

—Puede ser. Pero los juristas romanos hablan únicamente de *bonis interdicere*. Así como dicen *aqua et igni interdicere*, podrían y deberían haber dicho *lare bonisque*.

—Ya sabes, por el arriba mentado pasaje, que en cuanto a propiedad en la expresión no se puede confiar mucho en Gayo.

—Es cierto. Pero esa imprecisión crea una imagen poco favorable del sentimiento religioso de los romanos. Sólo les interesa el dinero, el *lar* no vale siquiera la pena mencionarlo. Cuando el pródigo es conducido ante al pretor, se entera de que se enfrenta no sólo a una *interdictio bonorum*, que fue lo único de lo cual oyó hablar a los juristas, sino que también está implicado el *lar*.

—Es que tendría que haberse informado con más exactitud.

—Muy bien. Pero aun dejando de lado las dudas que me inspiran el pretor y los juristas romanos, no alcanzo a comprender qué tiene que ver la excomunión con la prodigalidad y la declaración de incapacidad. Del mismo modo, podría prohibirse hoy a un pródigo o a un fallido entrar en la Iglesia. ¿Qué aprovecharía a los hijos, en cuyo interés, como dice la fórmula, se adoptaba la medida [7], que el padre no participara más en el culto doméstico? Antes bien podría pensarse lo contrario, porque la asistencia al culto podía quizá llevarlo a la contrición y enmendarlo. Y si el pródigo era indigno de concurrir a una ceremonia religiosa, tanto más indignos habrán sido los ladrones, bandidos, homicidas, adúlteros y perjuros. Nunca he leído que a éstos les fuera interdicto el *lar*.

---

[7] *Quando tibi* (?) *bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis.*

Tampoco se me ocurre quién habría podido atender en adelante el culto en sustitución del pródigo despojado así de su investidura de sacerdote del hogar. ¿El curador? Ese no tenía nada que ver con ello. ¿Los hijos? Esos, como tales, eran inhábiles para desempeñar la función sacerdotal del padre. ¿La mujer? Esa sólo podía hacerlo junto con su marido. Quiere decir que en la casa del pródigo el culto hogareño se habría suspendido. En la época de la decadencia religiosa, en la que los *sacra* se consideraban una carga y se intentaba burlarlos, más de uno habría estado conforme con esta consecuencia. Pero esto no lo habrían tolerado los pontífices.

Y aquí no se acaban mis dudas. Mediante la expresión *ea re* que se lee concordantemente en todos los manuscritos de la fórmula, el pretor interdice simplemente la enajenación de los *bona paterna avitaque* mencionados en la primera parte del pasaje, pero se deja al pródigo la disposición de los bienes que él mismo adquirió. Originariamente, el sentido de la *interdictio bonorum* fue conservar el haber hereditario de la familia, pero un haber hereditario en el sentido más estrecho de la expresión, a saber, el que había adquirido el pródigo por herencia *ab intestato* de sus ascendientes [8]. Lo que no le debía a la ley, sino a un acto de adquisición propio, entre los cuales se contaba también la adición de una herencia, eran bienes que podía seguir administrando y de los cuales podía disponer sin impedimento alguno. Pero el *lar* le arruina todos sus cálculos. La expresión *ea re,* por la cual el pretor limitaba los bienes puestos fuera del *commercium* a los *paterna avitaque,* queda eliminada y sustituida por *lare,* con lo cual la medida se extiende a la totalidad y cada uno de los bienes que el pródigo tenga o adquiera. ¡Caro le resulta a ese hombre el trueque de una «e» por una «l» hecho por un erudito!

Pero, de cualquier manera, el caso es muy interesante. Permite ver qué derivaciones puede tener el cambio de una sola letra. Me hace recordar a aquel tipógrafo que, al confundir una «e» con una «a», transformó «la suave fragancia de sus cabellos», citada en una poesía, en «suave fragancia de sus caballos».

De ahí saco esta moraleja: es más fácil trocar una letra por otra, que comprender cabalmente el alcance de ese trueque.

Por lo demás, ya estoy harto de vuestra Academia, y entiendo perfectamente por qué ha sido ubicada cerca del muro del vértigo. ¿Qué más queda por ver?

—Lo más selecto, que he reservado para el final. Puedes verlo allí, en ese edificio suntuoso. La elevada cúpula del centro se arquea sobre nuestro santuario más sagrado. el salón de los conceptos. En una de sus alas late-

[8] ULPIANO, XII, 5: *...lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento factus sit.* El bien hereditario es destacado por VALERIO MÁXIMO, III, 5, 2: *pecuniam, quae Fabiae gentis splendori servire debedat,* y en el pasaje arriba citado de PAULO.

rales se encuentra el *cerebrarium*, en la otra, el gabinete anátomo-patológico de conceptos. Comenzaremos yendo al primero.

—Pero ¿dónde está la entrada? No veo ninguna puerta.

—Aquí no conocemos puertas. Estamos acostumbrados a dar con la cabeza contra la pared, y ésta cede y nos abre paso. Si en tu existencia terrena hubieras tenido el valor de ser imperturbablemente consecuente, si tras haberte convencido de que el camino elegido era el correcto, hubieras avanzado sin vacilaciones, sin mirar ni a la izquierda ni a la derecha, sin preocuparte que en el camino hubiera ciénagas y precipicios, o, para hablar en forma menos metafórica, sin parar mientes en las consecuencias prácticas, entonces te costaría poco atravesar ese muro con la cabeza para penetrar en el recinto. Ahora, lo haré yo en tu lugar; sígueme.

Estamos en el *cerebrarium*.

—¿Qué es eso?

—Es nuestro laboratorio espirítico. Aquí se fabrica la sustancia cerebral para los teóricos.

—¿Es que los teóricos necesitan un cerebro especial?

—Eso deberías saberlo, habiendo usado uno de esos cerebros durante toda una vida. ¿No habías notado nunca que su organización era distinta de la de cerebro de un vulgar práctico?

—Tuve algo así como una sensación, pero nunca tomé plena conciencia de ello.

—Pues ahora tendrás oportunidad de informarte, aunque tarde, sobre esta verdad. Aquí tienes, para fines de comparación, dos reproducciones hechas en cera. La una es del cerebro de un teórico; la otra, del cerebro de un práctico. ¿Adviertes la diferencia?

—Por supuesto. En el primero hay una protuberancia peculiar en la *substantia medullaris*.

—Esa protuberancia es el *mons idealis*. Es lo que distingue al jurista teórico del práctico. La sustancia a partir de la cual el *mons idealis* se va desarrollando paulatinamente en la cabeza del jurista con vocación de teórico, se elabora aquí. En el ambiente atmosférico ella se volatiliza y eso permite inocularla a la mujer a la que ha sido conferida la gracia de dar a luz a un teórico. En el momento de la concepción, la mujer aspira esa sustancia sin percatarse de ello. Más adelante, debido a la inquietud del feto, se da cuenta que alberga en su seno algo especial. El futuro teórico se anuncia ya en el vientre de su madre mostrando su impaciencia por dar que hablar.

—¿Cuál es la función del *mons idealis*?

—Proporciona al teórico la facultad de pensar idealmente, lo que no debes confundir con la facultad de pensar en abstracto. De esto último han menester todos, y más que nadie el jurista práctico. Su sola profesión hace que esa facultad alcance en él el desarrollo suficiente para su labor, aunque la naturaleza no lo haya dotado especialmente en ese aspecto. Pero la facultad de pensar idealmente constituye la ventaja peculiar del jurista teórico, y ella consiste en la facultad de desligarse, en el pensar jurídico, de todos aquellos presupuestos que atañen a la realización práctica de los problemas. La cuestión de la aplicación y de la prueba quedan desde un principio descartadas. Lo que el jurista piensa, eso existe. De esa manera se salva de las dificultades que tanto entorpecen la labor del jurista práctico. Para él no existe la cuestión de cómo han de reconocerse en la práctica las sutiles diferencias por él establecidas, ni cómo puede probarse en el caso concreto una diferenciación de la voluntad que es posible *in abstracto*. Su campo de trabajo está en el reino de la abstracción; las cuestiones concretas se las deja al práctico, y que vea éste cómo se las arregla. De ese modo se elimina la antítesis entre el pensar y la realidad, que tanto da que hacer a todos los demás mortales. El teórico se encuentra así a la altura del idealismo filosófico, para el cual el mundo real es una pura ilusión, una fantasía del sujeto. A la sentencia cartesiana: *cogito ergo sum*, él le opone esta otra *cogito ergo est*, mucho más rica en contenido. Pertrechado así de ese poder creador del pensar, que sienta y suple el ser, el jurista teórico no conoce en el campo del derecho obstáculo alguno que frene sus combinaciones intelectivas. Como el águila que se eleva por encima de las nubes, se remonta hasta las regiones del pensar ideal y se baña en el puro éter del pensamiento, sin preocuparse por el mundo que yace allí abajo a gran distancia y ha desaparecido de su vista.

—Muchas gracias por tus informaciones. Es más o menos así como me lo había imaginado; siempre pensé que la jurisprudencia era algo así como la matemática del derecho. El jurista opera con sus conceptos como el matemático con sus magnitudes; si el resultado es correcto desde el punto de vista lógico, lo que sigue después ya no es de su incumbencia.

—Así es como debería proceder si quiere merecer el nombre de jurista. El práctico es tan débil que se deja confundir en su razonamiento lógico consecuente por mirar a los efectos prácticos. Pero eso no es culpa suya. Hay que tener en cuenta que a su cerebro le falta el *mons idealis*.

—¿Cómo se elabora la sustancia para fabricarlo?

—Por el momento no podrías comprenderlo, porque el procedimiento es sumamente complicado. Por lo demás, esa sustancia no es la única que aquí se produce. Aquí se fabrica también la sustancia necesaria para la intuición histórico-jurídica, basada en un agregado correctamente dosificado de fantasía, que se añade a la sustancia cerebral teórica general.

—¿Es que solamente el historiador del derecho ha menester de fantasía? Recuerdo haber leído, en un escrito de Thomasio, que ningún jurista, tampoco el práctico, puede prescindir de una buena dosis de fantasía. Esa fantasía, dice, es necesaria «para imaginar los extraños *casus iuris*».

—Esa es la fantasía vulgar, la *phantasia communis seu vulgaris*. Para el historiador del derecho, ella no es suficiente. El historiador necesita una fantasía muy especial, que es la que aquí se fabrica. La fabricación se basa en un añadido exacto de fantasía poética, de *phantasia poetica seu eximia*, que se agrega a la sustancia cerebral teórico-jurídica. Si se excede la proporción justa en solo una pequeña dosis, el futuro portador del cerebro padecerá consecuencias harto desagradables. La fantasía poética, que no se contenta entonces con los problemas de la pura historia del derecho, no es absorbida por ellos, sino que comienza a fermentar, agitarse y meter alboroto: el poeta y el jurista se traban en duelo. Todo depende de quien resulte vencedor. Si es el poeta quien resulta ser el más fuerte, la sustancia poética se exterioriza de una manera que no entraña peligros para la jurisprudencia; el individuo creará entonces poesías, dramas, cuentos y novelas, como ocurre también con los eruditos de otras ciencias que tienen ese mismo don. Pero lo grave es cuando el vencedor es el jurista, pues entonces todo el excedente de fantasía poética que tiene que encontrar salida y depositarse en algún punto, se vuelca en el campo de la literatura jurídica. Es como una pequeña corriente de agua, sin fuerzas suficientes para abrirse un cauce propio, que se desliza sobre una planicie, sin orillas definidas, vertiéndose ya para acá, ya para allá, formando charcas, lodazales y pantanos. La poesía imperfecta inunda la jurisprudencia. La poesía integral no le resulta peligrosa, pues ésta no cae en la tentación de enseñorearse con temas jurídicos. Pero la poesía imperfecta ¡esa sí que es de temer! Incapaz de alcanzar la creación poética pura, se desahoga con la jurisprudencia. Y no para mientes en cuanto al lugar donde deposita sus productos. Nada, ni siquiera los temas jurídicos más áridos, están a salvo del peligro de que, al verlos, esa poesía no caiga en éxtasis y mueva el cielo y la tierra para transfigurarlos con su esplendor poético. ¿Qué puede ser más sobrio que la ficción? No obstante, un autor moderno llegó a invocar el Olimpo y al mismo Zeus, a los vientos y a los volcanes, a los relámpagos y tormentas, a la primavera y a las zumbantes abejas, para arrojar la debida luz sobre su esencia. La ficción estaba, por así decirlo, a la lumbre de luces de Bengala [9].

---

[9] J. E. KUNTZE, *Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechtes*, Leipzig, 1856, pág. 89. Reproduzco textualmente el pasaje, pero para atemperar la impresión que causará, quiero dejar sentado previamente que nadie está más dispuesto que yo a reconocer las altas dotes del autor y los valiosos servicios que ha prestado a la ciencia. Ello no es óbice para que me valga de su obra para caracterizar aquí las aberraciones de la jurisprudencia moderna. Su ejemplo no es el único y yo podría aportar varias muestras de otros autores menos conspicuos. Pero es indudable

Cuando arribaron los primeros sujetos de esa especie, se los remitió al paraíso de los poetas. Pero de ahí nos fueron devueltos con una nota de protesta, en la que se decía que aquellos personajes sólo habían tomado de los poetas el adorno externo y las palabras rimbombantes. El poeta auténtico, agregaba, siente repugnancia por todas las frases hueras y ampulosidades, pues sabe que la forma debe responder al contenido, y por lo tanto no hay peligro de que atavíe conceptos jurídicos con jirones de poesía. Así

---

que este pasaje se destaca por encima de todos, y el crítico debe tener libertad para elegir el objeto más adecuado a sus fines. Reza como sigue:

«Las ficciones pretorias tenían generalmente por misión la mediación histórica. Centelleaban súbitamente en el tribunal del magistrado, como las tempestades en las cuales se desfoga la naturaleza para llamar a la campiña a la naciente primavera y para transformar en frutos las flores brotantes. Hacen recordar los rayos del Zeus olímpico que, armado con ellos, hacía estremecer al mundo desde su trono de omnipotencia y purificaba la pesada atmósfera, porque el tribunal del pretor es el Olimpo de la vida jurídica romana, que, bajo el nuevo gobierno, es liberada de las penas que le legó la edad primigenia de los titanes. No cabe incorporarlas a las formaciones orgánicas de la naturaleza; se asemejan a las erupciones de los volcanes o a los huracanes que pasan vertiginosos y luego se tiran, como cáscaras, inútiles (— — extraños huracanes, en verdad, que se transforman en cáscaras, para ser tirados — —), cuando el pensamiento jurídico gestado en ellas ha llegado a la madurez y afirma por su propia fuerza su lugar en el edificio dogmático. Son como las ágiles y zumbantes abejas que, hacendosas y diligentes, vuelan en torno de las flores de un árbol sano e, incrustándose en la flor, liban el néctar como si estuvieran orgánicamente unidas con ella. ¡Todo es ilusorio!

En ese maravilloso mundo de las ficciones trabaja una fuerza demoníaca. Es la mirada de un ente físico humano que, alta la frente, se dirige hacia las luminosas alturas del éter, donde sueña con estar libre de todo lazo terrenal».

Hay muchos otros pasajes similares. Así por ejemplo en la pág. 408, «el espíritu romano escala los primeros peldaños de la lírica civilística», el campo de las obligaciones es «la lírica de los derechos patrimoniales», la obligación recíproca «la lírica de las obligaciones», «su corro es la obertura de la lírica civilística» (— — el corro de una obertura — —).

De la pág. 408 reproduzco el pasaje siguiente, con lo que tendremos bastante.

«Lo que es la música en el reino de las artes, lo son las obligaciones en el campo de los derechos patrimoniales: los romanos fundaron sobre todo la subestructura ética, mientras que el mundo ambicioso de las columnas y pilares brotó más que nada en el terreno, ubérrimo de motivos, de la concepción germánica; la conciliación dramática se logrará en la madura idea jurídica del tráfico moderno. Se está trabajando para lograrlo. Y la corriente de esa moderna labor del espíritu refleja a su vez, en un grado menor, la imagen de aquella evolución histórica; porque en la cambial (propia = pagaré) podemos ver la subestructura ética; en el título al portador, con su indómita alma de fuego, la misteriosa lírica, y en el título a la orden, el paso apaciguante y conciliador hacia el drama. La música y la obligación son los misterios líricos, las imágenes veladas del mundo estético y del mundo jurídico, y el escepticismo es el adolescente que va buscando algo en la noche de luna».

Dejémoslo pues que siga buscando tranquilo, hasta que al final de la obra (pág. 422) se encuentre con «el maduro genio de la ciencia jurídica, con el cabello adornado por una corona de olivo, y en cuya diestra estará saludando con la mano la diosa de la victoria y en cuya siniestra reinará calmo el cetro con el águila». Llegado a eso, podrá sosegarse.

fue como esos poetastros volvieron aquí, y aquí los toleramos, aunque la mayoría trata de eludir su compañía. Normalmente se los ve acurrucados en algún rincón, cabizbajos y meditabundos, hasta que, de repente, algo les llama la atención. Entonces se levantan de un salto, se agitan frenéticamente y caen en una especie de éxtasis que podría infundir temor a quienes todavía no los conocen. Pero son sujetos enteramente inofensivos, que no hacen daño a nadie, y que, una vez pasado su ataque, pueden discurrir razonablemente y a menudo con miras más amplias que otros que se ríen de ellos. Aventajan a éstos, que se manejan sólo con el raciocinio, en cuanto a fantasía y agilidad de espíritu. Si sólo tuvieran la energía para dominar su genio, podrían competir ventajosamente con los demás. Pero ahí está precisamente su defecto.

Pasaremos ahora a la rotonda: el salón de los conceptos. Como tú no has sido aún incorporado y por lo tanto no tienes derecho a pisarlo, te conduciré a la galería. Desde allí podrás contemplarlo.

Qué alboroto! Me hace recordar la Bolsa de Hamburgo. Sólo que las figuras que aquí veo son totalmente distintas de las que suelen verse allá. ¡Qué aspecto majestuoso e imponente que tienen éstas! ¡Y qué diferencias en las fisonomías! Todos son tipos de rasgos marcados. ¡Qué pobre es la fisonomía humana comparada con la de los conceptos!

—No debería extrañarte. El rostro es el espejo de la vida psíquica. En una larga vida humana la psique experimenta muchas conmociones; los sentimientos y sensaciones son de lo más diversos, y cuántos son los objetos en los cuales uno ensaya su pensar. Cada concepto, en cambio, piensa única y exclusivamente en sí mismo; desde el comienzo del mundo hasta hoy, los conceptos no han tenido otra cosa que hacer. El afecto y la pasión sólo pueden tentarlos en un caso, que es cuando discrepan acerca de los confines de sus ámbitos de dominio. Entonces sí pueden mostrarse muy excitables e incluso ásperos. Pero fuera de estos incidentes pasajeros, su pensar gira imperturbable e integralmente en torno a ellos mismos y por ende no tiene nada de extraño que su modo de ser se refleje inconfundiblemente en la expresión de sus rostros y aun en su porte. No te resultará difícil reconocer a la mayoría de ellos. ¿Quiénes crees que son, por ejemplo, aquellos tres que están parados juntos allí?

—El rostro taimado del primero lo delata inconfundiblemente: es el *Dolus*. Se advierte su solapada malicia. El otro, con su cara de majadero, sólo puede ser la *Culpa lata*; es la irreflexión completa. En cuanto al tercero,

observando la despreocupación de su semblante y el bamboleo de su andar, no puede ser, a mi parecer, otro que la *Culpa levis.*

—Has acertado. También podrías haberlo deducido del hecho de que en este momento está pisando los pies a aquel otro concepto que yace acostado en un rincón y estira sus piernas.

—Y ése ¿quién es? Parece estar durmiendo.

—Es la *Mora.* Normalmente está acostada todo el tiempo en ese rincón. Si no fuera que la interpelación la sobresaltara de cuando en cuando, permanecería siempre en esa postura.

Seguramente reconocerás al concepto que se acerca ahora al *Dolus.*

—Tiene que ser la *Bona fides.* La inconfundible expresión de franqueza, honradez y sinceridad de su rostro la delata como tal.

—Era en verdad fácil de reconocer. Tampoco te deparará dificultad el concepto que está ahora justamente en el centro de la sala.

—Ese sólo puede ser la Propiedad. Es exactamente como me lo había figurado: fornido, tosco, de miembros robustos, bien nutrido y con un rostro que exterioriza satisfacción y placidez. Se nota que nada lo amilana, que se siente completamente seguro, en vivo contraste con aquel otro concepto que está ahí a su lado y cuyo rostro expresa en sumo grado temor y preocupación.

—Esa es la *Obligatio,* siempre preocupada por saber si su derecho terminará por realizarse. Los únicos que consiguen darle sosiego son la Fianza y la Prenda, en compañía de las cuales siempre se muestra de buen ánimo.

—Ahí veo también a unos sujetos hurraños, que están parados en un rincón, malhumorados.

—Están enojados porque se les presta tan poca atención. Esos dos son la *Capitis deminutio* y la Infamia. Hubo una época en que lo pasaron mejor, pero eso ya pertenece al pasado. El temblor de sus manos y todo su porte son indicios indubitables de que están achacosos y seniles; ellos mismos ya han abandonado la esperanza de que se les vuelva a rendir honores. Hubo un momento en que tuvieron un destello de esperanza. Un jurista moderno [10] les había asignado un lugar en su libro de texto y en sus lecciones sobre el derecho romano actual, y les había dado un trato muy afectuoso. Hubieras visto cuán optimistas se mostraban entonces y qué recepción tributaron a aquel hombre a su arribo a este recinto. Pero aquí se restó importancia a ese hecho, pues se los considera celebridades pasadas. En realidad, correspondería llevarlos a nuestro cementerio histórico-jurídico pero por piedad se los sigue tolerando.

—¿También tenéis un cementerio?

—Por cierto. No te lo he mostrado, porque todavía está sin estrenar. Sentimos inhibición de enterrar a los conceptos, aunque ya estén despo-

[10] VANGEROW, *Lehrbuch des Pandektenrechtes,* I, § 34, §§ 46-51.

jados de toda fuerza y vitalidad. Por eso, se les permite que sigan llevando, en consideración a su pasado, un *otium cum dignitate,* como los funcionarios jubilados. La *Habitatio* y las *Operae animalium,* que también están allí en el rincón de los regañones, tendrán que ser sepultados algún buen día. Hubo una vez que el funeral ya estaba preparado, pero, en resumidas cuentas, no fue posible llevarlo a cabo. Ellas se cuentan aún hoy entre los conceptos del derecho actual.

—Veo aún otros tres conceptos, igualmente apartados de la multitud, que están en aquel rincón fastidiados y aburridos. Pero aún dan muestras de vigor y lozanía.

—Sin duda que las dan. Son la *Superficies,* la *Emphytheusis* y el *Usus.* Están enojados porque hay tan poca gente que les dirige la palabra, y envidian a los demás *iura in re* por su gran número de relaciones, sobre todo a las Servidumbres prediales y a la Prenda. Son la envidia personificada y además unos sujetos tan parcos en el hablar, que lo mejor que puede hacerse es evitar la conversación con ellos. Puedo contarte algo de mi propia experiencia. Hace unos días tuve unas diferencias con el *Usus* sobre la muy importante cuestión de los efectos que produce la *ademptio fructus* sobre el *legatum ususfructus.* El *Usus* afirmó categóricamente que nada podía hacerle, y se mostró tan sordo a todas las razones y argumentos que aduje en contrario, que suspendí la conversación con el firme propósito de no volver nunca a discutir con él.

—Compruebo que los conceptos son de muy diversa estatura. ¿Es esto casualidad o tiene su razón de ser?

—En nuestro mundo nada obedece a la casualidad. Podrías haber deducido tú mismo la respuesta: la estatura de los conceptos varía según su importancia. Por ese rasgo se distinguen, por ejemplo, los conceptos generales de los especiales. Ahí tienes, bien claro a tu vista, un caso: el Contrato está conversando con el Mutuo y el Comodato. No es frecuente que los conceptos generales conversen con los especiales. Sus relaciones están regladas y la ocasión para las disputas es muy rara. También las relaciones de los conceptos especiales entre sí dan poco pábulo a la discordia, sólo el *Precarium* y el *Commodatum* no se han puesto de acuerdo hasta el día de hoy sobre los rasgos que los distinguen y caracterizan. Los conceptos generales, en cambio, tienen muchas cuentas que saldar. Algunas de sus pendencias datan de época reciente; son las que han sido originadas por teóricos recién llegados. Ahí ves, por ejemplo, cómo la Nulidad y la Anulabilidad están altercando con gran vehemencia. Antes se entendían espléndidamente, pero desde hace no mucho tiempo andan a la greña. Quizá sea aún peor lo que pasa con la Obligación correal y la Obligación solidaria, que riñen ahora incesantemente día tras día. Antes sus relaciones eran totalmente pacíficas, pero un jurista que vino hace poco las ha enzarzado. Desde entonces no hubo ya paz, sus relaciones son extremadamente tirantes, se lanzan a

la cara los peores improperios y todos los intentos de conciliación resultan infructuosos. Yo, por mi parte, me he cansado ya de tanta querella y ya ni intervengo en las disputas.

—Pero en vuestro cielo no debería haber disputas.

—¡Iluso que eres! Las disputas son el verdadero condimento de la ciencia. Sin ellas, nuestro cielo sería insoportablemente aburrido. Hasta nosotros nos hartaríamos de estar sólo contemplando los conceptos. Sólo las disputas y el arribo de nuevos miembros traen un poco de vida y diversión.

—¿Los conceptos riñen únicamente entre ellos o también con los espíritus?

—Oh, no. Eso lo consideran indigno de su condición y hasta ahora nadie ha tenido tampoco la audacia de intentarlo. Pero no rehúsan conservar con los espíritus familiarmente y adoctrinarlos sobre su verdadera esencia. Ayer mismo la Posesión conversó larga y minuciosamente con Savigny.

—¿Sabes sobre qué hablaron?

—Por supuesto. Sobre la cuestión de si la Posesión es un derecho o un hecho.

—¡Qué lástima que no hayan podido yo escuchar la conversación! Habría podido aprender algo. La Posesión me interesa sobremanera. Hasta ahora no he podido distinguirla. Ten la bondad de indicarme quién es.

—En este momento no la veo. La mayoría de los conceptos tiene aquí, como lo tienen los hombres de negocios en vuestras bolsas, un sitio determinado, donde se puede estar seguro de encontrarlos. Sólo algunos no quisieron acomodarse a ese orden, pues son de naturaleza inquieta y no aguantan estar mucho tiempo en un mismo sitio. Están ya aquí, ya allá. Ahí ves, por ejemplo, a la Prenda, que en este momento está entre los derechos reales. No sé si en el próximo instante no se pasará al campo del derecho obligacional. Hasta el Derecho sucesorio, que por lo común estaba quieto en su sitio, hizo una vez ademán de penetrar en el derecho de familia, pero luego se sosegó. Pero el peor de todos es la Posesión, pues es excesivamente inquieta y nunca puede quedarse en un sitio. Tan pronto tiene su lugar en la parte general [11], como en el derecho de la personalidad [12], pero de repente se corre hacia los derechos reales [13] plantándose normalmente al lado de la Propiedad, ya sea delante, ya detrás de ésta, llegando últimamente incluso a perturbarla [14]. Hasta ha buscado acceso al derecho obligacional [15].

Ahora la veo. En este momento está en la sección de los derechos reales, allí, al lado de la Propiedad.

---

[11] THIBAUT, *System des Pandektenrechtes*, 8.ª ed., I, §§ 2, 3 y sigtes. KIERULFF, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, cap. V.

[12] PUCHTA, *Pandekten*, §§ 122 y sigtes.

[13] Es el lugar que asigna a la posesión la opinión hoy dominante.

[14] ARNDTS, *Pandekten Buch*, II, cap. 2.

[15] SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes* (7.ª ed., publicada por RURDOFF, pág. 48).

—¿Esa es la Posesión? ¡Qué extraña que es! Me la había figurado distinta. Yo pensaba que era un derecho, pero aquí resulta ser un hecho [16].

—Espera un poco. La verás también como derecho. Ella se transforma constantemente. Es el Proteo de nuestros conceptos.

Mírala ahora. ¿Qué es en este momento?

—Efectivamente, ahora es un derecho [17].

—Espera otro instante más. Y ahora ¿qué es?

—Las dos cosas al mismo tiempo: «un hecho en cuanto a su esencia, pero igual a un derecho por sus consecuencias» [18]. ¡Asombroso! Hace apenas un momento, habría jurado que ella es por su esencia un derecho, porque presenta todas las características propias de un derecho [19]. Pero no hay nada que hacer: su esencia parece consistir precisamente en no ser lo que es, o en ser cada momento lo que se le antoja: ya «en verdad, no un derecho», «no una relación jurídica», sino un hecho, luego un derecho «como todos los demás», y finalmente «las dos cosas al mismo tiempo». Es como una anguila que se burla de todos los intentos de pescarla. Cuando uno cree tenerla en las manos, ya se ha escurrido.

—Has dado en el clavo. Así se comporta también cuando se trata de establecer la adquisición o pérdida de una cosa. Nunca sabrás decir con certeza si hay o no hay posesión [20]. Y lo mismo cabe decir de la tutela de

---

[16] SAVIGNY, *ob. cit.*, pág. 30: «Como la posesión *no es una relación jurídica*, su turbación tampoco constituye lesión de un derecho». Pág. 43: ...«es evidente que la posesión, en su concepto originario, es un *hecho*». Pág. 44: «un hecho por su esencia». Pág. 31: «abstracción hecha de esa lesión, la posesión no otorga ningún derecho». Pág. 55: «la posesión se nos presenta a primera vista como un simple señorío fáctico sobre la cosa y, por ende, como un *no-derecho* (distinto de la injusticia), como algo jurídicamente indiferente». Pág. 58: «en realidad, no es un derecho». Pág. 59: «la posesión no tiene ubicación en el sistema de los derechos, puesto que *no es un derecho*».

[17] La transición de hecho a derecho no le resulta fácil, por supuesto, y se cumple a través de etapas intermedias. Pág. 58: «por consiguiente, se la protege contra ciertas lesiones, y, en gracias a esa tutela, se establecen reglas sobre adquisición y pérdida de la posesión, *como si ésta fuera un derecho*». Aquí no se atreve aún a llamarle derecho, sino que dice «como si lo fuera». Pero en la pág. 58 cobra ánimo y «adquiere la capacidad de producir efectos similares a los que produce un derecho», y más todavía en la pág. 44, donde de la similitud pasa a la igualdad: «en sus consecuencias, es igual a un derecho». En la pág. 206 logra imponer lo que quería: «La posesión es reconocida como un derecho» y por ende «no tiene nada de particular que pueda ser adquirida, como todos los derechos, por esclavos y por niños bajo patria potestad» (pág. 308).

[18] SAVIGNY, ob. cit. Resumen del § 5: «La posesión es un derecho y un hecho al mismo tiempo». Pág. 44: «La posesión es un hecho y un derecho al mismo tiempo: por su esencia es un hecho; por sus consecuencias, es igual a un derecho».

[19] Ver las citas tomadas de SAVIGNY en la nota 17: 1) «por sus consecuencias, es igual a un derecho; 2) es reconocida como un derecho; 3) es adquirida, como todos los derechos».

[20] Remito a lo dicho en mi trabajo sobre la *ratio* de la tutela posesoria, 2.ª ed., Jena, 1869, págs. 160-179, donde he hecho la crítica de la teoría de SAVIGNY sobre la adquisición y pérdida de la posesión. Los dos criterios que SAVIGNY establece, a saber: el

la posesión. Por ahí la consideras una *creación genial* del pretor romano, para rechazarla en el instante siguiente como un *burdo error* de ese funcionario, por convencerte de que te dejaste engañar por una *apariencia deslumbrante* [21].

—Ah sí, esa condenada tutela de la posesión. También a mí me ha dado mucho que hacer en mi vida terrena. Pensaba que, como jurista, tenía que plantear la cuestión de su *ratio,* pero salí chasqueado, porque se me objetó que ésa era una cuestión filosófica [22]. De ahí inferí que los juristas romanos tampoco conocían los lindes entre la jurisprudencia y la filosofía, pues ellos también se dejaron inducir a plantear la cuestión de la «*ratio* filosófica» de la usucapión [23]. El ejemplo que me dieron de ese efecto de la posesión me indujo a plantear esa misma cuestión con respecto a la tutela posesoria, y en esa posición no estoy solo. Uno de nuestros juristas hasta se valió de los perros para aclarar la *ratio* de la tutela posesoria [24]. Tras haber refle-

---

señorío físico y la posibilidad de reproducir a voluntad la relación originaria, producen en no pocos casos lo contrario de lo que él se esperaba de los mismos. En esos casos no basta hacer la vista gorda para considerarlos acertados: es preciso cerrar los ojos. Es posible que jamás autor alguno haya hecho un tan puro juego con conceptos de cuño propio como en esta oportunidad SAVIGNY: son conceptos de caucho puro, que se amoldan a cualquier caso.

[21] E. J. BEKKER, *Das Recht des Besitzes bei den Römern,* Leipzig, 1880, pág. 99: «La invención de los *interdicta retinendae possessionis*... es verdaderamente genial». Pág. 234: «Un grosero error... una figura híbrida de los *interdicta retinendae possessionis*». Pág. 235, nota: «Aun tengo la sensación... de que la creación de los *interdicta retinendae possessionis* fue en realidad una obra genial, pero creo ahora, tras una sobria reflexión, haber sido deslumbrado por un brillo falso».

[22] BEKKER, ob. cit., pág. 12: «La llamada *ratio* filosófica de la tutela posesoria debe rechazarse». No obstante, en las págs. 357 y 358 resurge la cuestión de la *ratio* filosófica del derecho posesorio, y admito que la comparación que hace ese autor para burlarse de «la caza de *rationes* de la tutela posesoria» (nota 10), es totalmente acertada en lo que toca al problema tal como él lo plantea. Porque considera que «no es imposible que se descubra una posesión de trascendencia universal que deba existir en los distintos pueblos tan pronto como hayan alcanzado cierto grado de educación. Para esta posesión universal existe, de todos modos, una *ratio* igualmente universal y por ende permanente y filosófica». El autor añade que «por el momento no conoce la posesión universal y que se desespera al pensar que quizá no obtenga nunca el suficiente conocimiento sobre ella». Le doy toda la razón y observo que, por mi parte, lejos de andar divagando sobre lo que es la posesión en sí, cuestión que estimo absurda, me limito en mis investigaciones a la forma romana de la institución. Es la única que he tomado como base de las mismas y la única en la cual busco resolver el problema de la *ratio* de su tutela. La cuestión no era pues de índole filosófica, sino práctica y legislativa, y a fin de elucidarla, he elegido la misma vía que en toda institución en que busco comprender el significado práctico: pienso qué ocurriría si esa institución no existiera y observo qué ocurre con el derecho en el orden práctico: las lagunas resultantes me muestran el porqué de la institución.

[23] *L.* 1 *de usurp.* (41, 3); *L.* 5 *pr. pro suo* (41, 10).

[24] BRUNS, en su exposición del derecho romano actual, que en lo demás es excelente, en *Holtzendorffs Rechtsencylopädie,* tomo I, 1.ª ed., pág. 387: «Al perro le quito la cosa por la fuerza; si se la quito al hombre, le estoy tratando como a un perro y no

xionado con más calma, sin embargo, esa combinación le ha de haber parecido dudosa, porque más adelante decidió prescindir del servicio de los canes. Su temporario intento de usar animales para explicar la tutela posesoria fue el culpable de que malas lenguas dijeran que, en cuanto a la teoría de la posesión, la jurisprudencia había declinado hasta convertirse en cosa de perros.

—Bien merecido lo tuvo. ¿Por qué hubo de meterse a indagar la *ratio* de las instituciones jurídicas? La *ratio* de la teoría de la posesión debe preocuparle tanto como la de todos los demás derechos, o sea nada [25]. Es cierto que Savigny también lo hizo. Pero desde el punto de vista de la escuela savigniana, es decir, de la jurisprudencia del siglo XIX, ese método, otrora tan apreciado, de indagar la *ratio* de la tutela de la posesión, debe rechazarse [26].

—Comprendo entonces que yo no me cuente entre los adeptos de esa escuela, porque nunca he podido acallar en mí la voz que me preguntaba

---

como a una persona. Este es el meollo y el punto de partida de toda la tutela posesoria». Un meollo muy viciado, por cierto. A un *detentor* puedo sacarle la cosa por la fuerza; no se le atribuyen acciones posesorias. ¿Es que acaso es un perro? Lo mismo se decía antes del *iniustus possessor* en su relación con el *iustus possessor:* tutelado contra terceros, pero no contra el *iustus possessor.* Es decir, para aquéllos, era una persona; para éste, un perro. El derecho romano no admite como posible la posesión de *res extra commercium,* porque no pueden ser objeto de propiedad, mientras que en lo demás les reconoce tutela jurídica. Según BRUNS, la denegación de la tutela para ellos implicaría una vez más la misma regla que en aquellas *res*: según el derecho romano, la persona puede ser tratada en esa relación como un perro. Cuesta comprender que un hombre como BRUNS, que ha convertido la teoría de la posesión en objeto de su especial estudio y una actividad literaria tan provechosa y a quien esa teoría debe tanto desde el punto de vista histórico, haya podido arribar a una idea tan equivocada de la concepción romana de la tutela posesoria. Precisamente el argumento de los perros debería haberle abierto los ojos y enseñado que la *ratio* de la tutela posesoria no es la idea de la personalidad, ni su finalidad la tutela de esa personalidad. La tutela que se acuerda a la persona en gracia a ella misma y por ende también en la relación de *detentio* (*L.* 5, § 2, 4 *de iniur.*; 47, 10) es intermediada, como la tutela de la persona misma, por la *actio iniuriarum*; en mis lecciones, acostumbro llamarla tutela posesoria *impropia.* A la *actio iniuriarum* se le añaden, para el mero *detentor,* y ya en el derecho romano, algunos recursos especiales que no cabe señalar aquí. Es innecesario decir que también la *actio spolii* pertenecía al campo de la tutela posesoria impropia.

[25] Así dice textualmente BEKKER, ob. cit., pág. 14. Con especial referencia a la *ratio* de la tutela posesoria, dice (pág. 12): «Un conocido nuestro, que no desea sin embargo que se dé su nombre (lo comprendo bien; yo tampoco lo querría) dice, que con esta caza que hace la jurisprudencia moderna de la *ratio* de la tutela posesoria, siempre vuelve a presentársele el cuadro de un afanoso cuadrúpedo que salta en círculo tratando de agarrar el apéndice que la naturaleza le ha colocado en el trasero». De ahí se desprende que el perro es un animal sumamente útil para explicar la teoría de la posesión. Claro que en el caso de BRUNS va en dirección opuesta al de BEKKER. Al primero le sirve para quitar el velo a la *ratio* de la tutela posesoria; al segundo, para quitar las ganas de buscarla.

[26] Palabras de BEKKER, ob. cit., pág. 16.

por la *ratio* legislativa de las instituciones. Prácticamente, puedo decir que es inherente a mi modo de ser preguntar por la finalidad de cualquier norma jurídica.

—Si identificas la finalidad y la *ratio* legislativa, demuestras no tener ninguna noción cabal de la importante diferencia que existe entre la *ratio* legislativa de la *lex lata* y la de la *lex ferenda.*

—Reconozco, en verdad, no saber nada de esa diferencia.

—Te ilustraré, pues. La *ratio* legislativa *de lege lata* coincide siempre y por doquiera con la *ratio* histórica de la tutela del derecho; no hay ninguna razón para excluir de la *ratio* histórica las consideraciones sin las cuales la ley nunca se habría creado [27].

—Con esto puedo declararme de acuerdo. Concibo que la necesidad de una ley se manifieste primeramente en un caso excepcional, lo que llamamos *occasio legis,* pero ¿cómo habría podido ese caso aislado haber llevado a la sanción de la ley, si las razones *de lege ferenda* no hubieran saltado a la vista? Las razones no cambiaron de naturaleza por el hecho de haberse sancionado la ley. Las supuestas razones *de lege lata* existentes después de la sanción no son otras que las razones *de lege ferenda* que existían antes de ella. Con el mismo criterio, las causas que movieron a alguien a ejecutar un acto podrían designarse, antes de cumplida la acción, con el nombre de «motivos» y, una vez consumada ésta, con el nombre de «*ratio* histórica». Para mi mentalidad, que por cierto no está aún a la altura de vuestro pensar, eso no es más que un juego de palabras.

—Justamente por eso, porque no has alcanzado todavía nuestra altura, abstente de todo juicio. Por otra parte, debo repetirte muy seriamente mi advertencia de que en nuestro cielo nunca preguntes el «porqué» de las cosas. Aquí nadie pregunta el porqué: «la escuela savigniana, es decir, la escuela jurídica del siglo XIX» ha superado esto hace ya tiempo. Sería lo único que faltaba, que nuestros venerables conceptos tuvieran que dar explicaciones a un gusano como tú acerca de su procedencia y del porqué de su existencia. Hasta tendrían que tolerar, quizá, que a ti te pluguiera la respuesta. Los conceptos que aquí ves, existen, y con eso queda dicho todo. Son verdades absolutas, lo han sido siempre, y lo serán por los siglos de los siglos. Querer indagar su esencia y su porqué no sería más juicioso que preguntar por qué dos más dos son cuatro. Son cuatro y sanseacabó. Con decir que «son» está dicho todo, y no hay ninguna razón que dar. Con los conceptos ocurre lo mismo. Ellos reposan, como son verdades absolutas, en ellos mismos, y tampoco hay razón que dar. Lo único que tiene que hacer respecto de ellos un espíritu pensante es entregarse a ellos por completo y bucear en lo más hondo de su esencia para sacar a relucir y dar a conocer toda la riqueza de contenido que un concepto encierra. Lo que

[27] Palabras de BEKKER, ob. cit., pág. 17.

produzca por esa vía es verdad y tiene, como toda verdad, derecho a la validez absoluta.

—En vuestro cielo, podrá ser. Pero en la tierra...

—¡Déjame en paz con tu tierra! En la tierra, la verdad comparte la suerte de Pegaso, atado al yugo. Allí se la somete a la servidumbre de vuestros legisladores y prácticos, a quienes les falta el sentido de la verdad, que debe ser el único astro que guíe al derecho. En el lugar de lo verdadero, que es eterno, ellos colocan, en su ceguera, lo útil y práctico, que es perecedero y efímero. ¿Qué poder puede tener un legislador sobre la verdad? ¿Puede acaso disponer que dos más dos sean cinco? Del mismo modo, tampoco puede ordenar que sea válido algo que contradice la *ratio iuris.* Y aunque el práctico sea débil y se someta, el teórico se niega a hacer deshonor a su nombre y rehúsa la obediencia a la ley absurda [28], porque la

---

[28] Esto me ocurrió efectivamente al pronunciarse un dictamen de facultad en una Universidad alemana, hace algunos años. El miembro romanista rechazó la autoridad del Código general de comercio para toda Alemania, cuyas disposiciones, que estaban en pugna con el derecho romano, correspondía aplicar en aquel caso, alegando que ese código no podía prevalecer sobre la razón del derecho y el derecho romano. Esta misma opinión fue también formulada, en el plano teórico, por SIEGMUND SCHLOSSMANN, *Der Vertrag,* Leipzig, 1876, págs. 175-206. Véanse algunos ejemplos de ese libro. Pág. 175: «También hay error en afirmar que la ley y la costumbre son fuentes del derecho positivo, y si se sostiene que el juez debe y tiene que aplicar lo que proviene de esas fuentes, es decir, lo que ordena el Estado o lo que se ha venido aplicando por largo tiempo como norma decisoria, aun sin mediar ley, con la convicción de que así debe ser, puede afirmarse, con el mismo derecho, justamente lo contrario». Pág. 178: «Toda especie de coacción que pudiera ejercerse sobre el juez para que aplique una norma determinada, sea que provenga de la ley o de la costumbre, es ilícita, y debe excluirse cualquier clase de pena para un juez que se niega a aplicar esa norma por estar convencido de su inaplicabilidad» (!!).

En la pág. 180 se dice «basta un solo caso de negligencia consciente y autorizada de la ley para dar por tierra con la teoría imperante sobre las fuentes del derecho, puesto que un dogma científico *simul cum in aliquo vitiatum est, perdit officium suum*». Un solo juez chiflado o que, con olvido de su deber, niega obediencia a la ley, da al traste con toda la teoría que dice que el juez debe obedecer la ley. Un dogma científico que pierde su valor porque algún sujeto de cabeza destornillada lo niega, una ley que pierde su fuerza vinculante porque alguien la viola. Aplíquense aquí las conocidas palabras de los juristas romanos en la *L.* 1 de *R. J.* (50, 17), que no contienen más que la regla, que se entiende por sí sola, de que una formulación científica del derecho que no responde enteramente a éste (*cum in aliquo vitiatum est*) no tiene valor (*perdit officium suum*). Esta discrepancia lógica entre el derecho y la formulación teórica la convierte el autor en una discrepancia práctica entre el derecho y su cumplimiento efectivo: la violación de hecho de una regla la abroga. Los ladrones estallarían en voces de júbilo si tal teoría encontrare aceptación. Ya cuidarán ellos que se cumpla la «violación consciente y autorizada (por sus compinches)» de la ley. ¿Es que el juez tiene otra relación con la ley que ellos?

En la pág. 182 dice: «La investigación y exposición del llamado derecho positivo sólo puede ser llamada actividad científica en un sentido secundario». «El contenido de la profesión de juez consiste en restablecer el equilibrio entre las turbaciones del ordenamiento prediseñado por la idea de justicia». Pág. 180: «Las leyes, las costum-

verdad vale para él más que el temor a los hombres. Felizmente, hoy ya no ocurre que tenga que aplicar el derecho en la práctica y ese divorcio entre la teoría y la práctica es una de las más grandes conquistas del presente. Sólo con él, la ciencia ha ganado absoluta libertad de acción, indispensable para el descubrimiento de la verdad. Con los pies firmemente apoyados sobre esa roca que es la teoría, libre de toda consideración de la vida práctica, igual que el naturalista que investiga los misterios de la naturaleza, el investigador en el campo del derecho no conoce otra meta que la de quitar el velo a los maravillosos misterios del mundo jurídico, de poner al descubierto el fino aparato del organismo lógico del derecho. Y es asombroso lo que así logra, armado únicamente del razonamiento lógico: las más primorosas filigranas dialécticas, verdaderas maravillas de la agudeza humana, monumentos del pensamiento del siglo XIX, que, igual que el de los escolásticos, arrancará la admiración aun de las lejanas épocas venideras e incitará a la emulación. Pero todo esto sólo ha sido posible desde que la teoría se emancipó por completo de la práctica y se ha basado exclusivamente en sí misma, porque la condición de esa actividad dialéctica creadora es que se evite todo contacto con la vida práctica, que ejerce, según el juicio de una autoridad en la materia, la misma influencia perniciosa sobre el teórico que la guerra sobre el soldado [29]. Un ejemplo terrible nos lo ofrecen en este aspecto los tan loados juristas romanos que, por su amor a la vida, se dejaron guiar no pocas veces por hueros motivos utilitaristas; por eso, tampoco hallarás a ninguno de ellos en nuestro cielo. La abolición del dic-

---

bres, los dogmas científicos, las reglas de equidad, son las pesas de la balanza de la justicia, las cuales, ora unidas, ora en pugna, mueven el fiel ya en una, ya en otra dirección». El lector podrá ahora formarse una idea de cómo resultarán las sentencias, si el nuevo evangelio de la realización de la idea de justicia por obra del juez hiciere prosélitos entre los oyentes de ese erudito. Ojalá sea el mismo autor el primero que tenga que ensayarlo en algún pleito.

Frente a tales intentos de subvertir toda la ciencia, creo que no hay palabras demasiado acres para calificarlos. La reforma que le prometen a la jurisprudencia está en una misma línea que la que hicieron cierta vez los chiquillos de unos conocidos míos, estando ausentes los padres, con las instalaciones de la sala. Todo estaba puesto patas arriba, la mesa daba vuelta, las sillas formaban una torre, los libros una pirámide, los espejos y los cuadros daban la cara a la pared, en síntesis, la transformación no dejaba nada que desear. Recordé esta historia, que ya tenía olvidada hacía tiempo, al leer ese libro.

[29] Aludo al gran duque Constantino, hermano del emperador Nicolás I de Rusia. Era éste un hombre que entendía de soldados. Había llevado la instrucción de los mismos a tal perfección que podían marchar en la plaza de ejercicios de Varsovia, balanceando sobre el chacó un vaso lleno de agua hasta el borde, sin derramar una gota. Pero la guerra, decía, echaba a perder a los soldados. Todo lo que a él le interesaba: el porte firme, el paso marcial, la pulcritud impecable del uniforme, el brillo de los lustrosos botones, todo eso se perdía cuando estallaba una guerra. Por eso odiaba las guerras.

tamen oficial de facultad ha eliminado el peligro del contacto con la vida para nuestra ciencia jurídica moderna.

—Creo que sobreestimas ese peligro. He conocido dictámenes oficiales de facultades que nada dejaban que desear desde el punto de vista estrictamente científico [30].

—Puede ser. No estoy pensando en la época del resurgimiento de la ciencia jurídica auténtica, sino en la anterior. En aquel entonces la institución probó, de todos modos, ser decididamente nociva. La posición intermedia en que estaban colocados los miembros de esas facultades, entre la teoría y la práctica, podrá disculpar sus fallos, pero en lo que respecta a lo que escribieron, la influencia fue de lo más perjudicial. Un gran número de sus opiniones resultaron luego ser errores de juristas modernos [31].

—Conozco ahora los requisitos que exigís aquí de un teórico. Quisiera hacer un intento para poner a prueba si estoy en condiciones para cumplirlos y aplicar el método teórico correcto. Plantéame algún problema.

—Pues bien, haz el intento con la cuasiposesión.

—Si hubiera de seguir la concepción que he tenido hasta ahora, diría: donde el derecho no le reconoce tutela, no es de suponer que haya cuasiposesión. Pero el derecho romano vincula esa tutela a un *uti* que se repite de cuando en cuando [32], y sin el cual, desde el punto de vista práctico, la cuasiposesión no existe. Pero si ahora me elevo al punto de vista teórico, la cosa se presenta en verdad bien distinta. Esa especie de posesión se adquiere por los mismos actos por los cuales se adquiere la posesión de la cosa misma. Esa posesión se continúa, como toda otra posesión, por la posibilidad ininterrumpida de reproducir el señorío originario; se la pierda,

---

[30] Ya en otra oportunidad tuve ocasión de expresar mi opinión sobre esto. Ver mis *Vermischte Schriften,* Leipzig, 1879, pág. 242.

[31] Era ésta una fórmula con la que SAVIGNY acostumbraba tildarlos en sus lecciones. Los «juristas modernos» me parecieron en aquel entonces sujetos harto deleznables. Todos los alumnos nos sentíamos superiores a ellos. Más tarde, por supuesto, me formé otro juicio sobre ellos y descubrí que no pocos de sus supuestos errores encerraban verdades valiosas, las cuales un crítico ofuscado, por su rígido purismo romanista, no podía ver ni entender. Ver mi *Geist des römischen Rechts,* II, 2, pág. 466. SAVIGNY, en su *System des heutigen römischen Rechts* (pág. XXV) deplora el creciente divorcio entre la teoría y la práctica. Pero ¿quién es más culpable que él de ese divorcio? El, el representante de la tendencia historicista, fue el primero en dar el ejemplo de pasar por alto la evolución histórica del derecho romano en nuestro ambiente vernáculo. La *actio spolii* y el *summarissimum* le sirven únicamente para echar una luz muy poderosa sobre los errores de la jurisprudencia práctica. Su creencia de que, ajustando la teoría correctamente a las fuentes, puede ponerse coto al mal del divorcio entre la teoría y la práctica, me hace recordar a aquella ama de casa, joven e inexperta, que se asombraba de que los huevos no se pusieran blandos al cocerlos.

[32] *L.* 1 *pr. de itin.* (43, 19). *Quo itinere actuque privato... hoc anno usus es. L.* 1 *pr. de aq. quot.* (43, 20). *Uti hoc anno aquam... duxisti. L.* 1, § 29 *ibid. Uti priore aestate, L.* 1 *pr. de rivis* (43, 21) *non aliter, quam uti priore aestate... duxit. L.* 22, *pr. de fonte* (43, 22). *Uti... hoc annu usus es.*

cuando esa posibilidad desaparece [33]. Basta pues ejercer una sola vez un derecho de servidumbre para fundar la cuasiposesión, y como ésta, igual que la posesión de las cosas, continúa hasta que la posibilidad de reproducir las condiciones originarias se trueca en imposibilidad, ella persistirá inimpugnada aunque durante años no se ejecute acto alguno de ejercicio.

—Bastante bien, como comienzo. Del requisito del *uti* repetido, que por su realidad sensitiva sólo es apto para la tierra, nos hemos librado sustituyéndolo por el concepto de la cuasiposesión, que no está sujeto a los sentidos y pertenece exclusivamente al mundo de las ideas jurídicas. Es el ascenso de la realidad del ser a la idealidad del pensar. La única concesión que hacemos a la realidad consiste en el requisito de que el derecho tiene que ser ejercido al menos una vez. Ese único acto de ejercicio no puede significar para la cuasiposesión más que el cordón umbilical para la criatura: lo cortamos, y el concepto queda para siempre separado de la realidad. Como la criatura, lleva en adelante una vida independiente; la realidad queda atrás, el concepto existe por sí solo.

Te plantearé otro problema. ¿Qué me dices de la pretensión del cuasiposeedor a los interdictos cuasiposesorios?

---

[33] Así dice SAVIGNY, *ob. cit.*, pág. 474: (sobre la posesión de las servidumbres personales). Pág. 480 (con relación a las servidumbres prediales, que consisten en actos del titular). Esto es lo que sostiene sobre la adquisición de la cuasiposesión sobre ellas: El acto que es objeto del derecho «debe haberse ejercido alguna vez, y debe haberse ejercido como derecho». ¿Quiere decir que también estando ausente el propietario? Si alguien toma posesión, en invierno, de la desocupada residencia veraniega de otro, y permanece allí durante todo el invierno, no tendrá, pese a haber tenido durante medio año la *corporalis possessio*, la posesión de la cosa. En cambio, si cruza una sola vez el predio del otro, estando éste ausente, tendrá la cuasiposesión. El mismo derecho que lo protege en un caso, tan previsoramente, contra la apropiación unilateral de su adversario, en interés del mantenimiento de su posición jurídica, lo deja en el otro sin tutela alguna. Pero ¿para qué cuenta el interés el propietario, cuando el *concepto* exige que nazca la cuasiposesión? De la pérdida de la cuasiposesión se dice en la pág. 481: «Con respecto a la pérdida de la cuasiposesión, rige lo mismo que observamos acerca de las servidumbres personales». Pero en la pág. 474, «esa posesión, como toda otra, es continuada por la posibilidad ininterrumpida de reproducir el señorío originario; o sea que se pierde cuando cesa esa posibilidad». En idéntico sentido se pronuncia RANDA, *Der Besitz nach österreichischem Recht*, 3.ª ed., Leipzig, 1879, § 34, pág. 650, nota 1: «La cuasiposesión no consiste en el ejercicio de una actividad determinada, como tampoco la posesión de la cosa consiste en la aprehensión. Por el ejercicio, la cuasiposesión sólo se *adquiere*. La cuasiposesión consiste en la posibilidad, que ha sido querida y usada al menos una vez, de volver a ejercer un derecho para sí». Pág. 653 (respecto al derecho austríaco): «Si el derecho consiste en ciertos actos que se repiten (actos de uso), la posesión no se pierde por el transcurso del plazo de prescripción si en ese lapso el acto se ha ejecutado aunque sea una sola vez». Pág. 655: «aun cuando pudiera oponérsele al actor el hecho de que fuera de ese acto realizado hace años (por ej. cerca de treinta), no hizo de la cosa ningún uso jurídico». A esta teoría y a las consecuencias a las cuales conduce, ya las he sometido a una crítica en mi trabajo sobre el *Grund des Besitzschutzes*, 2.ª ed., págs. 174 y sigtes., pero no pude dejar que se me escapara este ejemplo que ilustra las aberraciones de la jurisprudencia formalista de conceptos.

—Los interdictos no me preocupan. Me basta con que la cuasiposesión exista; su tutela es asunto de la norma positiva, y la teoría no debe dejarse desconcertar por ella al desarrollar el concepto de cuasiposesión. Si el derecho positivo no reconoce tutela a una persona a la cual le reconocemos la cuasiposesión, como lo hizo, en forma muy irresponsable, el derecho romano, el perjudicado deberá tolerar resignadamente esa arbitrariedad, como tantas otras que sufren los débiles de la tierra por imposición de los poderosos; no le costará mucho resignarse, pues le reconfortará la idea de que la teoría le reconoce como cuasiposeedor.

—Otra vez muy bien. Ahora hemos desligado el concepto de la cuasiposesión también del incómodo factor de la tutela. De ahora en adelante, ningún presupuesto práctico podrá ya menoscabarlo. —Pero mis preguntas aún no han terminado. Todavía debes hablarme de la relación que hay entre la cuasiposesión y la extinción de la servidumbre por el *non usus*. Suponte este caso: el titular de una servidumbre predial ejecutó el 31 de diciembre de 1799 el último acto de ejercicio, y permaneció luego inactivo por diez años. ¿En qué situación están al 1.° de enero de 1810 la cuasiposesión y la servidumbre?

—Muy sencillo. El titular conservará la cuasiposesión que tenía al 1.° de enero de 1800 mientras subsista la posibilidad ininterrumpida de reproducir el estado originario. ¿Qué le afecta a la cuasiposesión si la servidumbre se extingue por el *non usus*? Por su concepto, es enteramente independiente de ésta. Puede haber cuasiposesión sin una servidumbre existente y servidumbre sin cuasiposesión; en consecuencia, la cuasiposesión puede perdurar también sin la servidumbre [34]. Incluso sostengo que puede hacer revivir la

[34] PUCHTA, *ob. cit.*, pág. 73. Su deducción se vuelve contra SAVIGNY, quien en la pág. 474 dice lo siguiente: «Como por el simple *non usus* la servidumbre se pierde al cabo de un determinado lapso, la posesión debe haber estado perdida durante todo el ínterin, aunque aquella reproducción siempre haya sido posible»... Es decir que, en el ínterin, fue posesión y al final no lo es, y todo esto pese a que durante todo el tiempo, como el mismo autor admite, estuvieron dados sus presupuestos, y pese a la naturaleza fáctica de la posesión. «Por eso, sólo resta (yo diría: convencerse de que la fórmula que hemos establecido no sirve) suponer que durante el mero no uso la posesión está *in suspenso*, y que sólo la reiteración del uso o el transcurso del lapso mostrará si durante ese ínterin existió o no posesión». En todas las relaciones jurídicas *in suspenso*, hay que esperar la decisión y en el ínterin el expectante no tiene acción. ¿Qué ocurre aquí? Pregunto: si el cuasiposeedor a quien su adversario le ha impedido ejercer el derecho de servidumbre, reclama tutela jurídica ¿la tiene o no lo tiene? Según SAVIGNY, es indudable que sí. En consecuencia, la posesión no estará en ese momento *in suspenso*, sino que existe. Y todo ese estado de las cosas, que admitidamente existió por espacio de diez años, es invertido por SAVIGNY una vez transcurrido ese lapso. Creíamos durante todo el tiempo que la posesión existía. Pero la cuasiposesión es traviesa; durante todos esos diez años nos ha engañado. Al final resulta que no había existido.

Podemos dar a este caso una forma aún más aguda. El cuasiposeedor que ha ejecutado el último acto de ejercicio el 31 de diciembre de 1799 y que al intentar repetir

servidumbre extinguida, pues esta última nace, como se sabe, por usucapión. Pero donde hay posesión, se le suma a ésta, no faltando los demás presupuestos, la usucapión [35]. El proceso es el siguiente. En el decenio 1800-

---

el ejercicio de la servidumbre en el año 1805 ha tropezado con la oposición de su adversario, ha accionado y triunfado en el pleito ante un juez que hizo aplicación de la teoría de SAVIGNY. Hasta el 1.° de enero de 1811 no se realizaron otros actos de ejercicio. Aquí, indudablemente, la servidumbre se ha extinguido por el *non usus* desde el 31 de diciembre de 1799 hasta el 1.° de enero de 1811, pero, por otro lado, la existencia de esa posesión fue declarada con fuerza de cosa juzgada por sentencia del año 1805. ¿Es que aquí una sentencia firme ha de someterse al veredicto de SAVIGNY: que en el ínterin la posesión debe haber estado perdida?

De ese modo, SAVIGNY nos ofrece la imagen de un hombre metido en un callejón sin salida. Si hubiera tenido el valor de ser plenamente consecuente, al punto de hacer mofa del *argumentum ab absurdo,* habría seguido su camino hasta el fin, como PUCHTA. Escuchemos al alumno que esta vez ha sido maestro de su maestro en la jurisprudencia de conceptos.

«Se supone —dice en la pág. 72 *ob. cit.*— eso sí, que el simple *non usus* no extingue la posesión, pero si ha durado tanto tiempo que con ello queda destruido el derecho, también ha de considerarse perdida la posesión, y perdida desde el momento en que comenzó el *non usus.* Esta suposición parece arbitraria; sólo parecería justificada si hubiera una conexión esencial entre la existencia del derecho y su posesión, de modo tal que la posesión no pudiera subsistir sin el derecho. Pero esto no ocurre con la cuasiposesión, como tampoco con la posesión corporal. Así como alguien puede llegar a ser poseedor de un derecho, sin haber adquirido el derecho mismo, también puede continuar siendo poseedor, cuando el derecho se ha extinguido. Quiere decir que en sí nada se opone a que se considere poseedor a quien ha perdido el derecho por el *non usus* (lo mismo dice RANDA, *ob. cit.,* pág. 650, nota 1: «La posibilidad de volver a ejercer el derecho puede subsistir evidentemente aun cuando el derecho se haya extinguido por el *non usus*). Otra cuestión es, sin embargo, si esa posesión tiene aún para él aquellos efectos jurídicos que están vinculados con la posesión, o sea, si una posesión no ha devenido ineficaz, y con ello los efectos han cesado de existir.» Para la usucapión, su respuesta es la siguiente: «si bien no podemos negar la posesión a quien ha llegado a tenerla una vez y no la ha perdido del modo indicado, esa posesión no le servirá para usucapir, porque la usucapión presupone un ejercicio constante y real». Con respecto a los interdictos: «El requisito de la posesión actual a favor del actor está determinado en los interdictos de una manera tan peculiar que la simple adquisición de la posesión sin sucesiva pérdida de la misma no es suficiente para producir ese efecto»... Pero «sigue en pie la regla de que la cuasiposesión de esos derechos, aunque no puede nacer sin su ejercicio efectivo, sí puede ser continuada, sin ese ejercicio; en cambio, la proposición carece de efectos prácticos, porque los dos efectos de la posesión exigen, no solamente una existencia *in abstracto,* sino una situación de ejercicio efectivo».

Quiere decir que es una posesión sin los *efectos* de la posesión —«una posesión *in abstracto*»— «proposiciones sin efectos prácticos, pero que, no obstante, siguen en pie».

Un parangón de esta cuasiposesión sin efectos nos lo ofrece PUCHTA (*Pandekten,* § 11 g) al referirse al derecho consuetudinario. Cuando el legislador excluye ese derecho, «sólo lo priva de efectos con respecto al juez». Un fuego que no arde y una luz que no alumbra. Ver al respecto mi *Zweck mi Recht,* I, pág. 321 (2.ª ed., pág. 322).

[35] Esto fue lo que supuso tácitamente SAVIGNY en las cinco primeras ediciones de su libro. En la sexta le añadió (pág. 475): «Las circunstancias son algo *(¡sic!)* diferentes

1810 la servidumbre se extingue por el *non usus,* pero en el decenio siguiente renace por usucapión, porque la cuasiposesión subsiste. En el decenio siguiente vuelve a extinguirse y así sucesivamente, porque la cuasiposesión se transmite *eo ipso* al sucesor en el predio [36] o si suponemos que el titular de la servidumbre es una persona jurídica, presuponiendo siempre la posibilidad de reproducir el estado originario, hasta la consumación de los siglos. La cuasiposesión es eterna y ocupa el mismo rango que la acción emergente del mutuo, que no puede prescribir porque el acreedor no ha reclamado su restitución y por ende no pudo lesionarse un derecho [37], y la excepción de compensación emergente de una *obligatio naturalis,* que tampoco prescribe. ¡Motivo de íntima satisfacción para el jurista! Caen los tronos, perecen los pueblos, todo está sujeto a mudanza, pero en el terreno de la jurisprudencia conceptual hay relaciones que hacen mofa de todo cambio de las cosas mundanas, y el tiempo no puede deteriorarlas.

---

en la continuación de la posesión, en cuanto ésta haya de conducir a la adquisición por usucapión. Aquí supone UNTERHOLZNER (*Verjährungslehre,* § 214) que la posesión continúa aunque ocurran interrupciones normales en el ejercicio (esto es inexacto: UNTERHOLZNER dice: cuando los actos están separados únicamente por intervalos que ocurren normalmente), mientras que estaría interrumpida si se ha suspendido el ejercicio por un tiempo anormalmente largo (otra vez inexacto. UNTERHOLZNER dice: «si el camino continúa sin usar por un tiempo más prolongado de lo que suele ser el caso en las servidumbres de paso»). Esta suposición, en la que desde luego resulta inevitable una amplia discreción del juez, parece ser correcta.»

Quiere decir entonces que para la usucapión tenemos un concepto de posesión distinto que para la tutela posesoria. Para la primera se ha abandonado la fórmula, que se dice general, de que basta la simple posibilidad de reproducir la situación; se requiere que se haga efectivamente. Para la segunda, la fórmula se mantiene. ¿Qué habría sido más natural que restablecer la abandonada unidad de los presupuestos para la usucapión y la tutela posesoria, transfiriendo el requisito del *uti* continuado también a la posesión de interdictos? En el texto de los interdictos siempre se destaca (pág. 290 nota). Pero entonces la fórmula habría sido sacrificada por completo.

UNTERHOLZNER había decidido antes también para la usucapión la consecuencia plena: «Si, efectivamente, durante todo el tiempo de la usucapión, no se presentare oportunidad alguna para ejercer la posesión, el hecho único del posesionamiento podría ser suficiente para considerarse ejercicio». O sea que se trataría de una servidumbre nacida por usucapión, ejercida hace diez años por primera y última vez.

[36] *L.* 3 § 6-10 *de itin.* (43, 19), *L.* 1 § 37 *de aq.* (43, 20), *L.* 2 § 3, *L.* 3 *Si serv.*(8, 5). Antes se recurría a la ayuda de un *interdictum adipiscendae possessionis. L.* 2 § 3 *de int.* (43, 1).

[37] La conocida teoría de SAVIGNY (*System des heutigen römischen Rechts,* V, § 239). La aplicación a la *actio ex mutuo,* pág. 292: «Es imposible que comience a prescribir una acción. Esa prescripción supone negligencia, y ¿dónde podría encontrarse ésta?». Pág. 293: «no hay aquí motivo para accionar: no hay lesión». ¿Qué importan la expresa finalidad del instituto y la expresa disposición de Justiniano, cuyo objeto es precisamente cerrar la vía a la perpetuación de las acciones lograda a través de puntos de vista constructivos: (*L.* 1 § 1 *Cod. de ann. exc.* 7, 40; *iubemus omnes personales actiones, cuias verbosa quorumdam interpretatio extendere extra metas triginta annorum conobatur, triginta annorum spatiis concludi*) si el interés de la teoría jurídica es imponer el criterio de la lesión? Contra su concepto de la *actio nata* la ley es impotente.

—Sin saberlo, nos has descrito uno de los ejemplares más preciosos de nuestro mundo de conceptos, el *perpetuum mobile* jurídico. El problema que la mecánica intentó resolver en vano, fue resuelto, en su campo, por la jurisprudencia. Una vez fundada la cuasiposeción, el movimiento en la servidumbre predial prosigue, con un ritmo uniforme, por todos los siglos. En el primer decenio nace por usucapión, en el segundo se extingue por *non usus*; en el uno muestra la faceta de la cuasiposesión, en el otro la del *non usus*.

—Pero es importante que distinga perfectamente esas dos facetas. Si llega a descuidarse alguna vez, no podrá moverse de donde está.

—¿Piensas eso porque entonces el nacimiento y la extinción se producirán en un mismo decenio, y porque dos fuerzas o movimientos opuestos se anulan recíprocamente?

—Así es.

—Precisamente en eso reposa la suprema perfección de nuestro *perpetuum mobile*: aúna la posibilidad del movimiento perpetuo con la de la perpetua quietud, y de ese modo hace realidad, para la servidumbre predial, la idea de la libertad absoluta. Para ella no hay un «tener que»; ella puede no solamente nacer y extinguirse, sino que también puede quedar en estado de completo reposo, según se le antoje. Nadie puede saber de antemano qué es lo que hará. Hace poco, por ejemplo, estuvo quieta por todo un año; evidentemente sentía la necesidad de descansar y de gozar de las facilidades que brinda la *praescriptio dormiens*. Pero luego volvió a ponerse en marcha y cumplió el decenio de la usucapión.

—En verdad, se trata de un fenómeno jurídico como no hay otro igual. No hay nada que supere a la cuasiposesión. De entre todos los conceptos, le daría a ella el primer premio.

—Pero no olvides que todos sus méritos se los debe a la posesión, de la cual no es más que un calco. Una vez captado correctamente el concepto de posesión de la cosa, su aplicación a los derechos se entiende por sí sola. Todos nuestros espíritus están contestes desde hace ya tiempo en que la posesión de las cosas, por su maravillosa contextura conceptual, aventaja a todos los demás conceptos, y éstos mismos, que siempre debaten agriamente sobre la jerarquía que les corresponde, reconocen unánimemente su primacía. Ninguno puede emular sus logros. Es un hecho por su origen; por su esencia, es ya un hecho, ya un derecho, ya las dos cosas a la vez, y por último «un no derecho verdadero, un tercer concepto autónomo junto a los otros dos» [38]. Partiendo de la realidad sensible, se independiza inmediatamente de ésta, pues le basta la mera posibilidad. No hay ninguna relación visible con la cosa, no necesita ya de ningún acto que le prolongue la vida; basta que un jurista pensador la esté imaginando. De esa manera,

[38] KIERULFF, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, pág. 349.

supera a los mismos derechos. Las servidumbres y las acciones fenecen por su falta de ejercicio, pero a la posesión no puede afectarla la falta de la relación correspondiente. La relación jerárquica entre la posesión y los derechos es por lo tanto lo opuesto de lo que podría esperarse siguiendo la concepción natural: la posesión resulta ser más fuerte que el derecho; el hecho deja muy atrás al derecho. En ese aspecto, el derecho romano no había alcanzado aún la altura de la concepción ideal. Los romanos asignaban al derecho mayor fuerza vital y más resistencia que a la posesión, y fijaban para aquél un plazo de extinción dos veces más largo que para ésta. Hasta cometieron un segundo error cuando, dejándose influir por la diferencia entre cosas muebles e inmuebles, que es totalmente indiferente desde el punto de vista conceptual, concedieron a estas últimas un plazo de tutela jurídica dos veces mayor que a aquéllas [39]. Sírvales de disculpa que esas normas datan de una época en la cual los romanos no tenían todavía una noción cabal del pensar puramente conceptual. ¡Qué gran distancia hay entre esto y nuestra posesión! Con ella, el concepto ha superado completamente la realidad. La posesión de una cosa que un *servus publicus* de la ciudad de Roma dejó olvidada o enterró en el bosque en tiempos de Julio César, subsiste hasta el día de hoy [40]. He aquí el triunfo del pensar jurídico que ha superado la categoría de la realidad mediante la categoría de la posibilidad. Comenzando por la «idea de la posesión», termina con «la posesión en la idea» [41], la posesión que, despojada de todos sus efectos reales, tiene sin embargo la fuerza de perdurar como «posesión *in abstracto*» [42].

Pero nos hemos detenido más de lo justo en el salón de los conceptos. Es hora de que pasemos al gabinete anátomo-patológico.

---

[39] En el derecho arcaico, la propiedad se extinguía por usucapión en dos años en las cosas inmuebles, y en un año en las muebles. La servidumbre predial se extinguía por el *non usus* en dos años (el mismo plazo fijado por la *lex Scribonia* para la *usucapio*); el usufructo, según se tratara de cosas inmuebles o muebles, en dos años y en uno. (*L.* 13 *Cod. de serv.* 3, 34). El período de tutela de la posesión en las cosas inmuebles *(interd. uti possidetis)* era de un año, en las cosas muebles *(interd. utrubi)* de medio año, y en la cuasiposesión de las servidumbres, de un año (*hoc anno,* ver pág. 390 nota). La idea que subyace a estos plazos es inequívoca, pero hasta el presente no ha sido, que yo sepa, advertida: el derecho tiene dos veces la fuerza de la posesión, y la cosa inmueble dos veces la fuerza de la mueble. En consecuencia, la tutela de la posesión de las cosas muebles dura una cuarta parte de la tutela que se concede a la propiedad de las cosas inmuebles.

[40] SAVIGNY, *ob. cit.*, pág. 541: «Quien por ejemplo deja una cosa en el bosque y luego la recuerda con exactitud, no ha perdido su posesión.»

[41] Estas palabras son mías, tomadas de mi *Grund des Besitzschutzes,* pág. 177.

[42] La formulación es de PUCHTA, ver nota 34.

Hasta ahora has visto los conceptos en su forma pura. Aquí verás las deformaciones que los mismos han sufrido en la tierra.

—¿También por obra de los romanos?

—Lamentablemente, sí. No diría nada si tal sacrilegio lo hubieran cometido únicamente los legisladores, pero hasta los juristas fueron lo suficientemente débiles como para posponer el desarrollo rigurosamente lógico de los conceptos a consideraciones de orden práctico, de la *utilitas,* como ellos la llamaron. Así surgieron estos engendros que aquí ves.

—Son, en verdad, muy feos. Tras haber visto los conceptos en su pureza perfecta y en su belleza ideal, asusta contemplar tantas deformidades. ¿Qué significado tienen los colores que marcan los preparados?

—El negro es la señal de aquellas normas jurídicas que, aun siendo de derecho positivo, no están en contradicción con el concepto, como, por ejemplo, aquí, en la prescripción de la acción, las diversas disposiciones sobre los plazos; ellas son perfectamente compatibles con el concepto de la prescripción. Lo mismo ocurre, en el derecho sucesorio, con las disposiciones sobre la sucesión *ab intestato.* Ves que el número de esas disposiciones positivas no es pequeño; sería deseable que fuera menor, y algunas de ellas mejor estarían excluidas. Pero en la tierra, donde se quiere el derecho sólo para aplicarlo, pero no por el derecho mismo, no puede prescindirse al fin y al cabo de una cierta cantidad de normas, y la ciencia puede tolerarlas siempre que no osen entrar en pugna con el concepto. Cuántas violaciones de este género se han cometido puedes inferirlo de la cantidad de conceptos marcados con los otros dos colores: con el rojo y el azul. El primero señala las deformaciones sufridas ya en la época de los romanos; el segundo, las experimentadas en el mundo moderno. El matiz más claro de ambos indica las deformaciones que son de cuenta del legislador, el matiz más oscuro aquellas causadas por los juristas. Estas últimas son las más graves y las más lamentables, pues son testimonio de casos en que la jurisprudencia ha renegado de sí misma, coqueteando con las necesidades de la vida práctica, que no le incumben, y que debió dejar en manos exclusivas del legislador. Su vocación y profesión consiste en guardar la pureza de los conceptos y mantener alejado todo lo que esté en pugna con ellos. Al legislador, en todo caso, pueden perdonársele sus atentados contra los conceptos; él no sabe lo que hace y los comete por candidez. Pero las intervenciones de la jurisprudencia, custodia de los conceptos, son los crímenes más graves en que ésta puede incurrir. Son un verdadero pecado contra el espíritu santo. Ahora entenderás el simbolismo de los matices. El primero, el más claro, representa la culpa: el matiz tenue se aplica al legislador. El matiz oscuro es el que corresponde a la jurisprudencia, y esos matices van escalonados por grados según la gravedad del delito. Te mostraré algunos ejemplos. —Aquí tienes, para empezar. la propiedad. El concepto mismo

no ha tenido que sufrir ninguna deformación, ni de manos del legislador, ni de manos de la jurisprudencia. Pero tanto más vapuleadas fueron las formas de adquisición de la propiedad y la *reivindicatio.* Aquí ves, primeramente, el *thesaurus.*

—No recuerdo haberlo visto en el salón de los conceptos.

—Allí tampoco podía estar, dado que constituye una anormalidad que está en abierta contradicción con los demás principios relativos a la adquisición de la propiedad. La propiedad de un tesoro pasa, como es sabido, de aquel que lo escondió primero a sus herederos, aunque éstos nada sepan de su existencia, luego a los herederos de éstos, y así sin fin. Esa propiedad no puede extinguirse por el *non usus.* Si por último ese tesoro es encontrado, así sea al cabo de mil años, desde el punto de vista teórico no puede haber ninguna duda de que aún continúa sujeto a propiedad. Existe la posibilidad, si los herederos en cada sucesión fueron muchos, de que los propietarios sean para entonces muchísimos. Si en cada sucesión se presentaron cinco herederos, al llegar a la décima generación ya serían más de diez millones. La parte que le tocaría a cada uno sería mínima, como una dosis homeopática, y la prueba de la legitimación de cada uno de ellos ofrecería dificultades. Lo normal será que no se presente nadie. Pero preséntense o no personas legitimadas para reclamarlo, ello no obsta a la calificación jurídica sobre esta relación; sabemos que el tesoro tiene sus propietarios, sólo que no sabemos quienes son.

—Aquí tienes ante tus ojos un caso vívido de aberración conceptual cometido por la jurisprudencia romana. Ella dice: la cosa ya no tiene propietario [43]. De haber sido consecuentes con esta hipótesis, habrían atribuido el tesoro a quien lo encuentre, siguiendo los principios de la ocupación de las cosas sin dueño. Pero he aquí que ahora se inmiscuye el derecho positivo y asigna la mitad del tesoro al que lo encuentra y la otra mitad al propietario. De ese modo una confusión da lugar a la otra. Abandonado el terreno firme de la consecuencia, no hay ya nada que detenga a la arbitrariedad en su desviado camino.

Creo poder suponer, en honor de nuestra doctrina contemporánea, que si la cuestión del tesoro no hubiera tenido aún solución, la habría resuelto del mismo modo que la de la prescripción de la acción *ex mutuo,* siguiendo el único criterio teóricamente correcto: que un derecho para cuya extinción no hay causa alguna, subsiste, y que por lo tanto, no puede hablarse de una extinción de la propiedad del tesoro como tampoco puede hablarse de una extinción de la acción por prescripción, cuando falta el requisito que hace nacer esa acción: la lesión de un derecho. De ese modo,

[43] La conocida definición del *thesaurus: cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat.*

la propiedad estaría en la misma línea que la acción personal, y el *thesaurus* podría competir perfectamente con la acción imprescriptible.

—Veo que ahí hay otra forma de adquisición de la propiedad que lleva una raya de color rojo oscuro sumamente intenso.

—Es la usucapión. Los juristas romanos hicieron con ella un juego muy feo. Por su concepto, ella presupone la posesión; una usucapión sin posesión es un absurdo, un monstruo conceptual. Pero ni siquiera esa perspectiva arredró a los juristas romanos. Aunque enseñan que la posesión se extingue con la muerte, establecen que la usucapión sigue su marcha. ¡Eso es como un hombre que camina sin piernas! Y como si esto fuera poco, hacen que la usucapión siga corriendo también en la persona del deudor prendario, que ha transmitido la posesión al acreedor. Un *quid pro quo* delicioso es también la continuación de la usucapión en el esclavo fugitivo. Pero aquí parece que se hizo oír la voz de la conciencia jurídica de los romanos, puesto que tratan de paliar esa anomalía, creando la presunción de que la posesión del esclavo continúa. Pero expulsan demonios mediante el poder de Belcebú: es peor el remedio que la enfermedad. ¡Tener posesión de un esclavo fugitivo! Cómo se habrá reído de esa posesión un esclavo que estaba a salvo en algún rincón del mundo, a gran distancia de Roma. —¡Y todo eso en gracia a la *utilitas*! Se sacrificó el interés ideal en la corrección de los conceptos para que algún oscurantista romano pudieran usucapir.

—¿Qué representa esa pieza de la teoría de la propiedad?

—Esa es la *reivindicatio*. También contra ella los romanos pecaron gravemente. Por su destino y disposición originarios habría tenido que seguir imperturbablemente una senda recta, sin amedrentarse ante ningún obstáculo. ¿Pero qué hizo? Al encontrarse con el vil *tignum iunctum* se detuvo, medrosa, y el propietario debió contentarse con el duplo del valor de la cosa. Con esto se viola abiertamente el derecho, se estrangula la propiedad. Para favorecer el fluctuante principio de la utilidad, se sacrifica el más ideal de todos los bienes: el principio del derecho. Y todo para que el demandado no tenga que demoler su casa. Como si una mísera casa, que se paga sobradamente con unos miles, mereciera más consideración que la idea de propiedad. Sirva de disculpa que esto ocurrió en una época en la que no se tenía aún noción cabal del idealismo jurídico.

Este feo ejemplo dado por el legislador produjo aún muchos frutos entre los jurisconsultos. La antigua *reivindicatio* resultó deformada al punto de tornarse casi irreconocible. Es un lamentable híbrido de *actio in rem* y *actio in personam*. Como apuntaba a la restitución de la cosa, su presupuesto conceptualmente necesario era que el demandado tuviera la posesión de la misma. Pero ¿qué hicieron los juristas? La desligan de ese presupuesto y la conceden también contra los que no son poseedores, *qui liti se obtulit*

aut dolo desiit possidere es decir, la convierten en una pretensión por dolo. Una *actio de dolo* con el ropaje de una *in rem actio.* ¡Una verdadera monstruosidad! Todo institucionista sabe que la contraposición de esas dos acciones es uno de los principios más elementales del derecho romano.

Habiéndose apartado así del buen camino, los juristas romanos fueron internándose cada vez más en el sendero equivocado. Se abandona la idea fundamental de la *in rem actio,* se permite a ambas partes hacer valer pretensiones de naturaleza puramente obligacional. Al demandado, a la compensación por impensas; al actor, a la restitución de los frutos. Lo primero, vaya y pase, es algo que se basa en la *exceptio doli,* con la cual, como se sabe, todo puede hacerse. Con ella me comprometería a desquiciar todo el derecho; con ella rebato toda norma que no me place. Pero esa pretensión a los frutos ¡es un escarnio de la lógica jurídica! La acción reza: *rem meam esse.* ¿Es que los frutos entran en el concepto de *res*? No, son cosas independientes. ¿Es aplicable a ellos el *meum esse*? Solamente a los recogidos por el *malae fidei possessor* y aún existentes, pero no a los recogidos por el *bonae fidei possessor,* pues éste se convierte en propietario, ni tampoco a los consumidos, porque no es posible la propiedad de cosas que ya no existen.

—Estoy plenamente de acuerdo contigo. Yo no le habría aconsejado tampoco a ninguno de nuestros juristas contemporáneos que tuviera la ocurrencia de llevar al mercado una idea semejante; lo habrían lapidado y ni siquiera el legislador habría escapado al reproche de arbitrariedad [44]; pero a los jurisconsultos romanos se les perdona todo.

—En lo que atañe a la *reivindicatio,* la lista de sus pecados es aún mucho más grande. Fíjate aquí en el *ius tollendi.*

—Presenta una raya roja muy gruesa.

—Bien empleado le está. Este *ius* encierra una grave violación de la lógica. Si el poseedor ha hecho mejoras en la cosa, esas mejoras, conforme a los principios que rigen la accesión, corresponden al propietario. Un *ius tollendi* del demandado es una imposibilidad lógica. Y sin embargo se le concede ese derecho. ¡Pero en qué forma! Si el actor ofrece pagarle al demandado el valor de la cosa después de operada la separación, el derecho no puede ejercitarse. Lo mismo ocurre cuando la cosa carece de todo valor. *Malitiis non indulgendum est,* dicen los juristas romanos, con lo que introducen en el campo del derecho un principio que es puramente moral. ¡Un hermoso principio, sin duda alguna! También con éste me animaría a sacar

---

[44] Cfr. por ejemplo lo dicho por PUCHTA (*Pandekten,* § 135 nota c) sobre la muy razonable innovación de Justiniano en *L.* 11 *Cod. unde vi* (8, 4): «una disposición totalmente arbitraria» y sobre la no menos laudable extensión que hizo de la misma el derecho canónico: «el derecho canónico siguió esa vía de la arbitrariedad». La falta que éstos habrían cometido es, de cualquier manera, una bagatela comparada con la falta que se comete en el texto.

de su quicio todo el derecho. Tomemos este caso: un acreedor hace valer su crédito en un momento en el que el pago inmediato causaría al deudor graves contratiempos, cuando al acreedor no le perjudicaría lo más mínimo esperar todavía algún tiempo. ¿Qué hago entonces? Rechazo la demanda con el argumento: *malitiis non indulgendum est.* ¿Es malicia si ejerzo un derecho que me corresponde? Negadle al poseedor el *ius tollendi,* pero si se lo habéis conferido, no quitéis con una mano lo que habéis dado con la otra.

—También yo he opinado siempre que en este punto los jurisconsultos romanos cometieron un grave desatino. A eso se llega, si se sigue el criterio que ellos no se turban en proclamar abiertamente: *ne urbs ruinis deformetur* [45]. Al derecho arcaico podrá perdonársele el haber aplicado este criterio al *tignum junctum,* pero los jurisconsultos tenían que saber que el principio del derecho está por encima de todas las consideraciones utilitarias. No puedo dejar de reprocharles, con todo el respeto que me merecen, que en la precitada disposición sobre el *ius tollendi* han sacrificado ese principio de una manera irresponsable. Ni siquiera les arredra hacer valer ese principio utilitario a costa del principio del derecho, contra el mismo Estado. Por ejemplo: alguien ha edificado ilegalmente en tierra pública, sin que se le opusiera objeción. ¿Qué ocurre? Si con ello no se detiene el tránsito, el edificio queda en pie, y el constructor tiene que pagar un *solarium.* ¿Por qué? *Ne urbs ruinis deformetur!* [46] En ese aspecto sí puede afirmarse que nosotros hemos logrado un adelanto. Cuando en nuestro medio alguien erige un edificio que el vecino no está obligado a tolerar, ese edificio deberá inmisericordemente demolerse, aunque el vecino no haya formulado oposición a su debido tiempo *(operis novi nunciatio).* Tal es la consecuencia que resulta del principio jurídico, y esa consecuencia es inalterable [47]. ¿Qué importa si con ello se destruye un palacio o una magnífica estación de ferrocarril? La *actio confessoria* y la *actio negatoria* hablan de *ius esse* y de *ius non esse* y a este *ius* o *non ius* no puede interponérsele ningún obstáculo; se cumple por la fuerza de la necesidad lógica, tan ineluctable como la natural. *Fiat iustitia, pereat mundus!* Lo que cuenta es que el concepto de propiedad o el de servidumbre se hayan afirmado. Todo lo demás es indiferente. Tampoco aquí los romanos tuvieron el valor de ser plenamente consecuentes, y autorizaron al juez para que condenara al pago de una suma de dinero al demandado que no cumplía el *arbitrium* que le obligaba

[45] *L.* 2 § 17, *L.* 7 *Ne quid in loco publ.* (43, 8).

[46] Ver los pasajes de la nota anterior.

[47] Esta ha sido hasta el presente la opinión de los teóricos romanistas, que he criticado en vano en mis *Jahrbücher,* VI, págs. 97 y ss. La sola existencia de la *operis novi nunciatio* habría debido conducir, a mi parecer, al camino correcto. ¿Qué finalidad habría tenido si la *actio confessoria* y la *negatoria* servían al mismo objeto? Por mi parte, nunca me cansaré de combatir una opinión tan nociva y espero que este artículo contribuya a poner al descubierto debidamente esa aberración de la moderna jurisprudencia de conceptos.

al *restituere,* o sea, a demoler el edificio. El edificio quedaba en pie, igual que el erigido en terreno de dominio público. *¡Ne urbs ruinis deformetur!* Pero entre nosotros, que no conocemos ese temor a la destrucción de edificios, tan ajeno al sentir jurídico, el derecho tiene la vía libre. El cuadro que se nos presenta es enaltecedor. Sobre las ruinas del edificio demolido se asienta, con aire triunfal, la lógica del derecho, que lanza una mirada agradecida a la «escuela jurídica del siglo XIX», que la ha liberado de la ignominiosa subordinación a la *utilitas,* a la que la habían condenado los romanos. Si no tuviera sus manos atadas por las disposiciones del derecho positivo, nuestro derecho no conocería ninguna de las inconsecuencias cometidas por ellos.

Tampoco encontrarías ya a la *actio finium regundorum,* que ves aquí junto a la *reivindicatio.* Su tonalidad oscurísima denota dos graves anomalías: la una, que en ella se haya desdeñado el principio que exime al poseedor de la carga de la prueba; la otra, que el juez pudiera fijar los lindes siguiendo razones de pura conveniencia. ¡Razones de conveniencia, tratándose de determinar la propiedad! ¡Esto hace befa de la idea de propiedad! Cuando un río se ha labrado su cauce atravesando los predios de dos propietarios distintos, quedando un trozo de terreno del uno aquende, y un trozo de terreno del otro allende el río, el juez, por razones de conveniencia, asigna sendos trozos a personas que no son sus dueños.

—Estoy harto de la propiedad. No había creído que encerrara tantas contradicciones y aberraciones conceptuales como las que me han hecho ver vuestros colores. Muéstrame otros conceptos.

—¿Te interesan quizá los *iura in re*? No han sido tan espantosamente deformados, desde el punto de vista conceptual, como la propiedad, pero algo sí puede verse en ellos. Aquí tenemos, por ejemplo, el *usus* de las cosas que no admiten el *uti,* allí el *quasiususfructus,* esa forma desfigurada del *ususfructus,* que, siendo por su disposición un *ius in re,* olvida a tal punto su condición que llega a asumir la forma de la propiedad. Allá tienes la prenda, que ha incurrido en la turbadora herejía de saltar de las cosas a los derechos, creando así esa figura monstruosa que es el derecho sobre el derecho, que ha causado a los juristas de hoy tantas noches de insomnio. En la prenda verás varias manchas azules, índice de los malos tratos conceptuales a que se la sometió en los últimos tiempos. Allí ves, por ejemplo, la deuda hipotecaria, en la que la prenda se ha liberado totalmente del crédito personal, lo que es una monstruosidad que ningún cerebro de buena organización romanista podrá llegar jamás a comprender. Luego, la reserva de grado a favor de una hipoteca futura estipulada en el mismo momento en que se concede una hipoteca de grado sucesivo.

—Eso es lo peor. Encierra lisa y llanamente una imposibilidad lógica. ¿Cómo puede concebirse que exista una hipoteca inferior sin otra superior? La primera tiene necesariamente que ascender, como el aire asciende nece-

sariamente en el espacio vacío. Es el *horror vacui,* tan válido para el mundo jurídico como para el mundo de la naturaleza.

—He visto bastante de derechos reales y, por lo demás, estoy ya tan disgustado que no veo la hora de marcharme de aquí. Muéstrame la obligación, y vayámonos.

—Aquí la tienes. No tiene muchas marcas rojas, pero sí muchas azules.

—Pero veo que presenta un sector de un color rojo muy oscuro. ¿Qué significa?

—La norma establecida por los jurisconsultos romanos que dice que el deudor que paga a quien no debe pagar, por un error imputable a uno de los acreedores, queda liberado. No necesito decirte que esto encierra una imposibilidad lógica.

—Por cierto que no. La obligación sólo puede cumplirse en la persona del acreedor o de quien haya sido autorizado por él para recibir el pago. El pago hecho a una persona sin autorización no es pago y, por lo tanto, es imposible, desde el punto de vista lógico, que el deudor se libere. Que vea éste cómo se las arregla para repetir contra el que ha cobrado. Eso no es de incumbencia del acreedor, ni siquiera cuando ha dado mandato para el cobro a esa persona, pero luego revocado ese mandato. El mandato ya no existe, y es indiferente si esto ha sido notificado o no al deudor. Quien no está autorizado para cobrar, no puede percibir un pago válido. Esta es una de las enseñanzas más elementales de la ciencia jurídica.

—Aquí encontrarás aún otras ofensas inferidas a la esencia de la obligación, pero que datan de épocas recientes. Tienes, por ejemplo, el concepto de la cesión. Los juristas romanos veían en la cesión únicamente la transmisión del ejercicio de un derecho, y a nosotros no nos cabe ninguna duda de que estaban en lo cierto. Pero los legisladores y prácticos modernos la convirtieron en lo que aquí ves: la transmisión del crédito mismo. Una sucesión en un crédito ¿puede haber algo más absurdo? Un crédito no es un objeto que se *tiene,* sino una calidad que *existe.* Su relación con respecto al sujeto es la misma que la de la servidumbre predial con respecto al fundo dominante; ambas son *calidades jurídicas.* ¿Cómo diantre se concibe que se pueda transmitir a otro la calidad de acreedor? Si así fuera, también deberían poder transmitirse la belleza, la salud, la fuerza y la inteligencia, lo que sería por cierto muy deseable, pero que, por desgracia, es impracticable. Del mismo modo tampoco puede sostenerse la posibilidad de que se transmitan créditos, si no se quieren escarnecer todas las leyes del pensamiento jurídico. El crédito ha cobrado existencia en la persona de ese acreedor determinado y, por su concepto mismo, está indisolublemente ligado a éste. *Inhaeret personae ut scabies ossibus* como lo formuló tan bellamente un jurista medieval. Si B es una persona distinta de A, también el crédito de B será algo distinto del crédito de A; si se desprende de la persona de A, quedará destruido, y sólo puede nacer nuevamente en B por

vía de la novación. —Pero incluso ese moderno concepto de la cesión, por mucho que haga escarnio de los principios de la lógica, ha sido superado aún por el de título al portador, que ahí ves. La obligación, esa cosa puramente ideal que existe solamente en la imaginación jurídica, se transmite mediante ese papel, está capturada y enclaustrada en un pedazo de papel. Eso sí que es lo peor que podía ocurrirle. ¡Un ladrón puede robarte tus obligaciones! Si le hubieras dicho algo así a un jurista romano, te habría tenido por loco. No poco le habría sorprendido, asimismo, el concepto de la promesa unilateral. Una promesa unilateral, no aceptada aún por la otra parte, es decir, que pende aún en el aire, sin haber recaído todavía en ninguna persona determinada, ¡y tiene ya el poder de obligar al promitente! ¿Es imaginable algo así? No, no lo es, como tampoco lo es que un caballo sea dirigido por las riendas que cuelgan de su cuello; es preciso que el jinete las tome en sus manos. La promesa unilateral es una rienda que nadie tiene en la mano ¿y esa promesa ha de obligar al promitente? Mas ya veo que tienes bastante. No pareces prestar mucha atención.

—Efectivamente, todo esto empieza a cansarme. Condúceme a otro sitio.

—Ya no queda nada por ver. Has terminado. Ahora te anunciaré para el examen.

—¿Examen? No, venerable espíritu, no quiero someterme a ese peligro, porque ya preveo que seré reprobado. Por lo demás, debo confesarte abiertamente: vuestro cielo no me resulta muy atrayente. Pese a toda la magnificencia que aquí puede verse y pese a todos los juegos que sirven de pasatiempo a los espíritus, me parece ser algo aburrido. Prefiero ir a otro cielo.

—Eso es asunto tuyo. Nosotros no tenemos tampoco ningún deseo especial de tenerte aquí. Has demostrado sobradamente lo poco y mal que te acomodarías a este ambiente. ¿A qué cielo quieres ir? Debo saberlo, para encargar al guía.

—¿A cuál podría ir?

—Para ti, por ser jurista, te quedan aún dos: el de los filósofos del derecho y el de los prácticos.

—Me gustaría el primero.

—Pero no creas que te será fácil ingresar. Allí también tendrás que rendir un examen.

—¿Sabes en qué consiste?

—Ciertamente. La filosofía del derecho es muy mal vista en nuestro cielo; ella no se compadece con el imperio de los conceptos, porque obra en desmedro de la ortodoxia, pero uno de nuestros espíritus que fracasó en el examen de ingreso de aquel cielo y luego vino al nuestro, me refirió en qué consiste ese examen. En el reino de los jurisfilósofos impera la razón; en el nuestro, los conceptos. Aquí deduces el derecho del concepto; allá, de la razón.

—No me parece ser tan difícil. Ateniéndome a la máxima de Hegel: «Todo lo que es, es racional», confío en vencer cualquier obstáculo. A quien no concuerde conmigo, le negaré la facultad de comprender lo racional. Si así no fuera ¿cómo podríamos llegar a un acuerdo sobre lo que es racional, dadas las profundas diferencias de opiniones que separan a los pueblos y a las épocas? Lo nuestro es racional; lo de ellos, si contradice lo nuestro, no lo es. También ellos invocan la razón en apoyo de sus instituciones y opiniones, y cuando las nuestras están en contradicción con las suyas, les parecen tan irracionales como las de ellos a nosotros. Pero lo que ellos llaman razón, no es la razón verdadera. Como yo me siento seguro de tener la verdadera, no me costará mucho trabajo deducir de la razón todo el derecho, que, por supuesto, sólo puede ser el de nuestra época. Cuando se me presenten instituciones o reglas, con las cuales no puedo declararme conforme, invocaré sencillamente mi propio raciocinio. Y si mis oponentes llegaran a invocar un «ser» que no es el nuestro, les rebatiré diciendo que ese no es el verdadero «ser». El verdadero «ser» es solamente aquello que concuerda con la razón. No; no temo a un examen de filosofía del derecho.

—No pienses que sea tan fácil. Ese examen no se limita a generalidades, sino que penetra hondamente en los detalles. Allí suelen formularse preguntas muy intrincadas, que han hecho fracasar a más de uno, como, por ejemplo: si es admisible, conforme al derecho natural «acosar a alguien con preguntas, por curiosidad», o «entrar por la puerta sin hacerse anunciar» [48]. Tampoco las consecuencias de la libertad de desplazamiento se advierten siempre a primera vista. ¡Con qué facilidad puede también olvidarse que están en pugna con el derecho natural «todas las dificultades que se crean al viajero, que incluyen el sistema de pasaportes, aduanas y

[48] RÖDER, *Grundzüge des Naturrechts oder Rechtsphilosophie*, sec. II, 2.ª ed., Heidelberg 1863, pág. 91: «Normalmente, toda especie de indiscreción (por ejemplo, preguntas indiscretas, entrar sin anunciarse, etc.) sólo se considera infracción de los buenos modales y del estilo de vida, estando el juicio confiado a todas las gentes educadas; pero no cabe duda de que también ofende el derecho y puede ser combatido con todos los medios jurídicos (¿cómo se habrá imaginado esto el autor?) y, en caso necesario, por el mismo lesionado». El derecho así lesionado figura en el título del parágrafo como «derecho a la vida privada o al *trato consigo mismo*» —trato éste que seguramente ofrecerá dificultades y puede ser eventualmente de poco valor—; ¡hasta el preso lo tiene! Una lesión de ese derecho está también en el «hurto de tiempo por visitas molestas, en el importuno afán de llegar a un arreglo (sobre todo por vía legal o judicial), incluso el hecho de proceder de oficio en los casos de adulterio, estupro o fornicación, en vez de esperar que accione el ofendido inmediato» (pág. 92). Se advierte que con el derecho natural no se puede jugar; nadie está seguro de no contravenir alguna vez sus normas. Incluso el hecho de «imponer a alguien la propia opinión, haciendo valer sin consideraciones la propia superioridad intelectual, aunque esa opinión sea correcta, pero sobrepase el poder de comprensión de otros, rigurosamente hablando, bajo esa figura».

El ojo del autor para detectar violaciones del derecho natural está sumamente desarrollado. En la página 94 añade a estos casos de indiscreción psíquica ejemplos de

peaje»! [49] Te haré algunas preguntas, que tú estás por el derecho natural obligado a contestar «dado que cada cual tiene el derecho de dirigir la palabra a otro y exigirle respuesta, sea el diálogo verbal o escrito (!)» [50]. Alégrate de que aquí te bastará contestar verbalmente. —¿Qué derecho viola la colocación de cepos y armas automáticas de trozos de vidrio sobre los muros, o de pinchos en la parte trasera de las carrozas? (Röder, *ob, cit.*, pág. 81).

—Efectivamente, no sabría decirlo.

—«El derecho relativo al cuerpo» (pág. 76). —¿Tienen los judíos derecho a circuncidarse?

—Habiéndome tú indicado el criterio aplicable, me resulta fácil deducir la respuesta: No (pág. 80).

—¿Permite el derecho natural que se dé a los presos raciones magras, habitación oscura y lecho incómodo?

—Tampoco (pág. 81).

—Veo que vas entrando en materia. ¿Qué piensas tú del «uniforme reglamentario de los soldados, tan dañoso como irracional (especialmente de la gorra, el cuello duro, las correas que cruzan el pecho, y la poca libertad de movimiento que permite al cuerpo)»? (pág. 82).

—Que esas prendas son decididamente contrarias al derecho natural. Si yo fuera fabricante de gorras, sastre o talabartero militar, mi conciencia me prohibiría colaborar en su confección. El soldado hasta tiene derecho a dormirse en su puesto de centinela, porque dormir de noche es un derecho natural del hombre que tampoco puede serle regateado al soldado [51].

—¿Puede el Estado prohibir o imponer a sus funcionarios que lleven barbas? Este problema se me planteó a mí, en la práctica, cuando fui profesor en X. No podía dejarme crecer la barba por imposición del allí vigente

---

indiscreción física, entre los cuales trae los siguientes: «el impúdico examen de mujeres encintas que se practica en ciertas maternidades, todos los exámenes físicos innecesarios de reclutas y otras personas, los registros efectuados por los vistas de aduanas en las personas de presuntos contrabandistas o por brutales carceleros en las personas de los presos, especialmente los de sexo femenino». Este último pasaje será sin duda apoyado de buena gana por todos los presos y contrabandistas. En general, soy de opinión que el derecho natural conviene a esta gente mucho más que el derecho positivo.

[49] RÖDER, *ob. cit.*, pág. 98, donde se menciona también el hecho de «impedir la emigración so pretexto de tener que cumplir el individuo el servicio militar»; se reprueba diciendo que nadie puede tener «deberes inherentes a la ciudadanía desde el momento en que la abandona». En la página 144 pueden encontrarse toda una serie de violaciones que el poder estatal puede cometer contra la igualdad de derecho privado: por ejemplo, el monopolio de correos, de minería, de la sal, del tabaco. ¡Cuántos cambios tendrá que sufrir aún el mundo hasta que el derecho natural quede realizado!

[50] RÖDER, *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie,* sec. II, 2.ª ed., pág. 202.

[51] Esto no está tomado de RÖDER, sino de una sentencia inglesa, citada en F. STOERK, *Methodik des öffentichen Rechts* (Grünhut, *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart,* XII, 1, pág. 142), nota: «El conocido fallo que decidió sobre la

edictum de barbis y porque no me había reservado ese derecho al aceptar la cátedra.

—Imposible. El derecho a dejarse barba es uno de los derechos originarios del hombre. Lo que la naturaleza le ha dado, no puede serle quitado por ninguna norma humana. ¡Si hasta al macho cabrío se le respeta su barba! «Quien permite que se pierdan los pelos [52], no puede objetar tampoco que se rape a los deportados a Siberia» (pág. 81). Hasta cabría preguntarse si no será improcedente cortarse voluntariamente la barba o los cabellos, porque esto podría considerarse automutilación, «que el derecho natural no admite» (pág. 89).

—Bien. Tras estas pruebas, no creo imposible que apruebes el examen de filosofía del derecho. Pero antes de ser admitido, deberás hacer tu profesión de fe jurisfilosófica.

—¿Cómo reza esa profesión de fe?

—«Creo que todas las verdades jurídicas le han sido dadas al hombre por la Naturaleza y le son innatas, y que, por lo tanto, el hombre sólo necesita pensar con energía para hacer aflorar todas las riquezas que, en forma embrionaria, yacen en su raciocinio. El hombre lleva en su sentimiento jurídico, que, por habérselo dado la Naturaleza, es siempre el mismo en todos los pueblos y en todas las épocas, todas las verdades jurídicas generales; la diversidad histórica de los derechos, que parecería ser incompatible con esto, debe imputarse en parte a la imperfección del pensamiento, en parte a la legislación positiva, que es movida por el arbitrio o por meras razones de conveniencia».

—No podría yo hacer una profesión de fe semejante. En mi vida terrena sostuve siempre la opinión opuesta.

—Ya me imaginaba yo, después de todo lo que te oí decir, que no podrías hacer esa profesión de fe. En tu paso por la tierra, tu mirada estuvo dirigida en exceso a esa tierra y a las cosas terrenales. En vez de reconocer los conceptos e ideas en su existencia absoluta, desvinculadas de condiciones históricas, en su autarquía lógica o jurisfilosófica, siempre has planteado la torpe

---

queja de un soldado que se había quedado dormido en su puesto de centinela y a quien se impuso, a consecuencia de esto, un castigo (antes de que se establecieran las normas especiales contenidas en el Mutiny-Bill). Ese castigo fue dejado sin efecto «porque a ningún súbdito británico, fuera de los *constables* (agentes de policía) y los *watchmen* (vigilantes), le estaba prohibido dormir en las horas de la noche".»

[52] A ello añade la nota: «Con evidente incoherencia, WARNKÖNIG reconoce tutela a los dientes, pero deja librados a su suerte los cabellos, pues sostiene que por contrato se podría adquirir el derecho de cortarlos, aunque no lo queramos. Nadie se ha privado jamás del derecho a que no se le corte el cabello, y la locución alemana: *Lassen Sie mich ungeschoren* (Déjeme con el cabello sin cortar = No me moleste) tiene evidentemente por origen histórico el hecho de que, de cuando en cuando, hubo quien hizo el intento de cortar a otros el cabello contra su voluntad». Gente extraña, en verdad, la que hacía esto.

pregunta de su porqué práctico o histórico. Con lo que los has vilipendiado y has dado prueba de que te falta el sentido y la comprensión por el idealismo del derecho. Con esa sola pregunta, con ese porqué, te has cerrado la entrada, no solamente a nuestro cielo, sino también al de los jurisfilósofos. Sólo te resta el cielo de los prácticos.

—¿Pero me acogerán, siendo yo teórico?

—Allí entra cualquiera, siempre que haya pasado su examen jurídico, para lo cual, como se sabe, no se requieren muchas condiciones. Puede ser que, por ser tú un teórico, te den para resolver algún caso, pero no tienes por qué preocuparte, porque no son muy severos. Tampoco son muy exigentes para con ellos mismos en este aspecto: con tal que el caso esté resuelto, no interesa mucho saber cómo. —Haré llamar ahora a tu guía.

—Aquí está. Que tengas suerte.

Nuevamente me puse en movimiento, atravesando espacios inmensurables con la velocidad del pensamiento. La oscuridad que hasta ese momento me había envuelto comenzó a atenuarse. Mi ojo empezó a percibir destellos de luz, débiles al principio, pero al poco tiempo pude contemplar el sol en todo su esplendor. Nos acercábamos a un planeta.

—Este es el lugar de tu destino —dijo mi guía.

No bien hubo dicho esto, ya estábamos. Volví a respirar aire atmosférico, y me sentí penetrado por una sensación de libertad, de vida y de delicioso bienestar. Vi árboles, bosques, verdes praderas, casas y hasta canchas de bolos. Aquí viven prácticos, me dije, aquí reina la vida, aquí te sentirás a tu agrado.

—Te dejo ahora —me dijo el guía—. Ve a ese edificio y golpea la primera puerta. Es la mesa de entradas para recién llegados; allí te inscribirán y te darán tu número.

—¡Adelante! —gritó una voz.

Parte IV

De regreso en la tierra.

¿Cómo remediar esta situacion?

Era yo mismo quien había dado esa voz. Habían golpeado a mi puerta. Era el cartero, que me traía una carta de un amigo. Medio dormido aún, me froté los ojos y empecé a recordar. Estaba echado en un sofá, teniendo ante mí un libro abierto y una lámpara prendida en la mesa. Todo volvió a mi memoria. Una bella noche de verano me había quedado dormido leyendo una de las últimas publicaciones sobre derecho romano. Cuando empezó a oscurecer, la fámula entró a colocar la lámpara, sin que yo, que dormía profundamente, la notara. Todo lo que creía haber vivido no había sido más que un sueño, un sueño para el cual me habían proporcionado los elementos la extraña lectura, la creciente oscuridad, las cortinas de la ventana abierta, que se agitaban espectralmente al viento, y por último la lámpara, que yo, al ir despertando, había tomado por el sol que reaparecía a mi vista.

La carta que recibí comentaba precisamente el libro que había sido el causante del sueño y del ensueño que acababa de tener. Mi amigo resumía su juicio con estas palabras tomadas del *Rey de los alisos* de Goethe:

«Entre las hojas secas, murmura el viento.»

A su vez, me pedía mi opinión. Se la di comunicándole el hecho de que me había quedado dormido durante la lectura. ¿No habrá sucumbido el autor, al escribirlo, a la misma tentación? Creo que a mí, de haber estado en su situación, se me habrían cerrado los ojos y escurrido la pluma de las manos a la tercera página. Nunca más volveré a tocar ese libro. No sé si en un nuevo intento de leerlo el resultado sería tan divertido como en el primero. Otro sueño podría quizá, en vez de llevarme al cielo, arrojarme al infierno, haciéndome pasar tormentos y no delicias. Podría incluso ser que, en castigo por haber revelado los secretos del cielo, se me imponga allí el suplicio de retomar ese libro y estudiarlo de cabo a rabo, o de leer todos los avisos, críticas y notas bibliográficas que harán el severo y condenatorio juicio de estas páginas. Castigos tales podré evitármelos quedándome en esta tierra.

La Justicia

Ilustración de Virgilio Solís, nacido y muerto en Nuremberg (1514-1562). Hijo de grabador y maestro de grabadores, fue muy apreciado en su tiempo. Hay registrados de él más de seiscientos grabados sobre muy diversos asuntos.

De regreso en la tierra.
¿Cómo remediar esta situación?

El cuadro de la ciencia romanística alemana actual que he presentado al lector no es en verdad muy halagüeño. Ya cuento con que se me reprochará que he pintado, no un retrato, sino una caricatura. Por mi parte, considero que refleja la realidad tal cual es. Ahora, dejando de lado la broma y pasando a hablar en serio, reafirmo todo lo que he dicho. Por el ropaje en que fue presentado, pudo haber parecido broma, chiste, un juego del humor. Pero no. Mi ataque contra la «jurisprudencia de conceptos», o sea, contra la escolástica que impera en la ciencia romanística de hoy, va muy en serio. Si para ello me he valido de la broma, del humor, de la burla y de la sátira, fue porque las consideré armas más eficaces. Sé que nadie se sirve de esas armas sin tener que pagar la cuenta, y yo ya me he resignado a pagarla. No es que ello no me afecte, pero he considerado mi deber subordinar toda consideración a mi persona al interés de las ideas que defiendo. Hace algunos años he llegado al convencimiento de que el camino que ha elegido nuestra ciencia romanística, y por el que yo también he andado cuando era joven no es el camino acertado; mi propia experiencia me lo ha enseñado. Hubo una época en la que Puchta fue para mí el maestro, el símbolo del método jurídico correcto, y tanto me cautivó ese método que hasta podría haberlo llevado más lejos que él. Conservo todavía una serie de trabajos comenzados, en parte muy avanzados, esbozados según el espíritu de ese método, por ejemplo una teoría de las cosas, en la que pensaba estructurar los derechos reales romanos de una manera rigurosamente lógica, con las categorías puramente formales de forma y sustancia, unidad, identidad, modalidad, etc.; luego, una teoría del resarcimiento, en la que pensaba aplicar las decisiones de nuestras fuentes sobre la *aestimatio* de las cosas existentes, para estimar las cosas destruidas o las prestaciones incumplidas, es decir, aplicarlas a la teoría del resarcimiento, y construir ésta sobre la

regla, irrefutable desde el punto de vista lógico, de que X, precedida por el signo más o por el signo menos, es siempre la misma magnitud. No sospechaba siquiera que cuando a estas dos teorías se les diera forma de ley, entrarían en liza otros criterios y no tan sólo el interés de una construcción lógica apriorística y aún recuerdo mi desdén por mis amigos, jueces y abogados, que no alcanzaban a comprender la imperatividad forzosa de mis ideas y deducciones. Dicho sucintamente, es difícil que haya habido un partidario más fanático del método lógico como lo fui yo en aquel entonces, y mis escritos de aquel período, sobre todo mi programa de los *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (tomo I, 1857, n. 1, *Unsere Aufgabe*), presentan también muchas huellas de esa tesitura. Mas luego sobrevino un giro completo. Ese giro no partió de mis adentros; lo provocaron móviles externos: mis animadas relaciones con profesionales de la práctica, relaciones que siempre he buscado, cultivado y aprovechado; la labor que yo mismo tuve ocasión de desarrollar en la práctica, cuando emitía dictámenes o actuaba en un dictamen oficial de facultad. En esas oportunidades, me arredró no pocas veces aplicar tesis que otrora había defendido [1]. Por último, no fue lo menos importante el *practicum* de las Pandectas, que he usado durante toda mi vida y que, a mi parecer, ofrece a los mismos maestros uno de los correctivos más valiosos de opiniones teóricas malsanas. En el tomo cuarto de mi *Geist des römischen Rechts (Espíritu del derecho romano)* (1865), fui el primero en arremeter abiertamente contra el «culto de lo lógico» y la «dialéctica de escuela» (§ 59), luego de haberlo hecho ya en forma anónima en las *Cartas confidenciales sobre la jurisprudencia de hoy* (1861 y ss.), que van incluidas en esta obra.

Como comprendí que era necesario que a la crítica puramente negativa le siguiera una guía positiva que señalara el buen camino, resolví suspender por el momento *El espíritu del derecho romano* y dedicarme a *El fin en el derecho,* trabajo que pretende precisamente cumplir esa misión. No me fue fácil postergar la obra que he considerado la labor de mi vida, cuando ya contaba con todo el material preparatorio para continuarla y terminarla, pero consideré mi deber hacerlo así. Ni siquiera habría desistido de hacerlo

[1] Aun públicamente, como por ejemplo con mi opinión, defendida en mis *Abhandlungen aus dem römischen Recht* (Leipzig, 1844, págs. 59 y 71), sobre el derecho del vendedor al doble precio en caso de perecer la cosa que fue vendida dos veces. El caso referido en los *Jahrbücher,* III, pág. 451, que tuve que resolver al intervenir en un dictamen oficial de facultad, me abrió los ojos y no puedo resistirme a reproducir aquí las palabras que acompañaron mi retractación de una opinión anterior (pág. 450); fueron mi primer paso en público por la nueva senda. «Una cosa es contentarse desde el punto de vista teórico con una norma jurídica que se cree leer en las fuentes o deducir de ellas, sin preocuparse por las consecuencias y los males que pueda ocasionar en el mundo, y otra cosa, aplicarla. Una opinión nociva, aunque sea formulada por una persona sana de mente, no resiste esa prueba».

si hubiera sabido a ciencia cierta que completar el *Espíritu del derecho romano* me reportaría mucha más gratitud y reconocimiento por parte de mis colegas que emprender y terminar *El fin en el derecho.* Para mí, el interés real del presente vale más que la investigación histórica del pasado, y si logro ser útil en el primero de esos campos, pueden quedar sin cosechar los frutos que podría haber recogido en el otro. A mi modo de ver, el precio por ese éxito no sería excesivo.

El mismo ánimo me guió para sacar a luz el presente escrito. Sé que de esta siembra recogeré más ortigas que laureles, pero sé también que no dejará de causar impacto, y por eso acepto esos frutos ásperos. Este trabajo es obra de un hombre sobre el cual ha pesado durante años la maldición de la cual ahora busca liberar a otros. Quien ha sido esclavo, sabe qué significa la servidumbre. Precisamente por haber sido un ardiente defensor de la orientación que ahora combato, me considero idóneo para batallar contra ella. Cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre el duro juicio que aquí formulo, nadie podrá negar mi competencia para pronunciarlo. Si las críticas y censuras que no he escatimado en esta obra provinieran de algún profesional práctico, se buscaría enervarlas diciendo que un práctico no puede, mirando desde su ángulo, hacer justicia a la teoría. Pero como yo mismo soy teórico, esa defensa es improcedente. Quienquiera salirme al paso, no podrá cuestionar mi competencia, sino que deberá probar que mis críticas, objetivamente consideradas carecen de fundamento. He dado esos fundamentos en distintos pasajes a lo largo de la obra; demuéstreseme ahora que no son idóneos para justificar mi juicio. De la rica cornucopia llenada en veinte años de labor he sacado sólo algunas muestras; si se las considera insuficientes, puedo extraer aún muchas otras que abrirían los ojos hasta al más ciego. A todos estos reproches que se lanzarán contra este libro y que ni necesito sugerir a mis críticos, me sobrepongo pensando que no podría haberse escrito de otro modo si se quería causar el efecto deseado.

¿Qué efecto? ¿Conquistar risas de aprobación y de apoyo? Sí, por cierto, y así lo espero. Pero siempre que ese efecto sea sólo un medio para alcanzar otro, que es el que me interesa primordialmente. No es difícil poner en ridículo cosas serias; ni lo más sublime o sagrado está a salvo de esto. Es una frivolidad inmoral, que sólo da cierta brillantez al genio propio, jugar con los fuegos artificiales del chiste, sin preocuparse si los cohetes despedidos no incendian la valiosa propiedad de otras personas. Pero distinto es si se prende una luz para alumbrar vivamente los vicios de una cosa, a fin de que sean advertidos y corregidos. Y ese es el único fin que he tomado en consideración. Nuestra teoría romanística debe y tiene que reformarse; no puede continuar por la senda que ha seguido hasta ahora. Debe abjurar la locura de creerse una matemática del derecho, que no tiene otro objetivo superior que calcular correctamnte con los conceptos.

Esa locura es seductora, y nadie ha sentido más que yo la fuerza de esa seducción. Hubo un tiempo en que busqué exclusivamente allí el carácter científico de la jurisprudencia, la liberación de la opresión que ejercía sobre mi espíritu el derecho puramente positivo. Como el bajo mundo del derecho positivo, por ser tan voluble, no lograba satisfacer mi sed científica, que anhelaba algo firme y duradero, busqué refugio en las regiones superiores de los conceptos, que se autoabastecen y no pueden ser tocados por la mano del legislador. Pero he comprendido mi error.

¿Qué otra cosa eran esos conceptos, de los cuales creí que me liberarían del yugo del derecho positivo, qué otra cosa que sedimentaciones de normas positivas romanas, llevadas a una forma concentrada, es decir, conceptual? ¿Es que el concepto de la propiedad romana, basado sustancialmente en la *reivindicatio,* no es de naturaleza positiva? ¿Es que el concepto de propiedad sienta la *reivindicatio* como un postulado lógico? En tal caso una propiedad sin *reivindicatio* sería tan inconcebible como un cuchillo sin hoja. Quien crea esto, tendrá que aprender de los ordenamientos jurídicos modernos que no es así. Que haya o no *reivindicatio* es una mera cuestión de conveniencia, y, en lo que toca a las cosas muebles, estimo desacertado que se la admita incondicionalmente; más aún, desde el punto de vista de nuestro moderno derecho comercial, juzgo equivocada su adopción. ¿Tiene derecho a la validez la cuasiposesión de las servidumbres, por el hecho de que la teoría romana haya formulado el concepto? Esta es otra cuestión de conveniencia que, para no decir más, puede ser contestada tanto en uno como en otro sentido. ¿Es de la esencia de la obligación, como se dice frecuentemente, que la acción derivada de ella sólo pueda dirigirse contra el mismo deudor, pero no contra terceros? ¿Qué pasaría si la ley dispusiera que el acreedor pudiera accionar también contra un tercero que ha adquirido del deudor la cosa adeudada (por ejemplo, que le había sido arrendada, o prestada, o dada en depósito, o que había comprado) sabiendo que no era suya? La teoría podrá incluir esta acción en la *actio de dolo,* pero esto no altera el hecho de que el acreedor adquiere aquí una acción contra el tercero solamente sobre la base de su pretensión obligacional [2]. ¿Y no es que los mismos romanos transfiguraron los conceptos, como lo atestiguan muchísimos ejemplos? El usufructo lo hicieron extensivo a las cosas consumibles, y la prenda, a los derechos. Un jurisconsulto conceptualista de nuestros

[2] Tal era la solución que ya tenían los romanos en la *actio pauliana,* que en el caso de una donación ni siquiera presupone la *mala fides* del demandado; la *in rem missio* del fideicomisario (mis *Jahrbücher* X, pág. 514); la tutela dada al acreedor puesto en posesión contra el tercero, *L.* 14 *pr. quib. ex caus.* (42, 4). Ver sobre este *desbaratamiento* de derecho, como yo lo he llamado, mis *Jahrbücher* X, págs. 318-331, donde terminé expresando el convencimiento de que «la extensión de la *actio in personam* al adquirente *malae fidei* del objeto de la obligación, llegaría a ser, dentro de no mucho tiempo, derecho vigente».

días habría dicho: eso no es factible; el usufructo y la prenda son *iura in re* y, por lo tanto, tienen por presupuesto conceptual necesario la *res*. Sin embargo, aquello fue factible, y los romanos sabían bien por qué lo hacían, y les daba muy buen resultado. Oponer a una norma que el legislador ha considerado necesaria por ser práctica, la objeción de que es imposible, absurda o errada, es la peor acusación que un jurista puede hacerse a sí mismo. El reproche se vuelve contra él, pues implica reconocer que su capacidad conceptual no alcanza para comprender la realidad. Equivale a declarar en quiebra la mente. Pero también suministra la prueba irrefutable de que no ha logrado formarse una idea clara de la verdadera naturaleza de los conceptos, que él proclama intocables. De lo contrario, sabría que estos conceptos contienen tanto material positivo e histórico como las creaciones modernas, a las cuales niega legitimidad, y que solamente el hábito le hace ver lo tradicional y antiguo con una óptica distinta que lo moderno. Hasta qué punto los juristas romanos llegaron a ponerse en pugna con los conceptos, lo he señalado (pág. 340) con un ejemplo bien elocuente: dispusieron que la usucapión continuara sin posesión después de muerto el poseedor. ¡Qué acusaciones de herejía habría tenido que arrostrar un legislador moderno, si se hubiera atrevido a esto!

No es pues más que un espejismo pensar que los conceptos, por el hecho de existir, puedan pretender la jerarquía de verdades lógicas inconmovibles. Los conceptos nacen y mueren con las normas de las cuales han sido tomadas. Si esas normas son derogadas por resultar inadecuadas, también los conceptos deberán desaparecer o adoptar otra forma, igual que una funda que tiene que ser tirada, ampliada o reajustada, cuando el objeto que estaba destinado a cubrir es cambiado por otro, o ampliado o reducido. En vez de oponerse a las innovaciones, la jurisprudencia debería, por el contrario, darles una bienvenida gozosa, porque ellas ofrecen precisamente la oportunidad de volver a forjar conceptos.

Es igualmente un espejismo creer que los conceptos, una vez aceptados, puedan pretender que se acepten asimismo, sin más ni más, todas las consecuencias que de ellos derivan. Pensar consecuentemente es algo bello, y quizá en ninguna ciencia, fuera de las matemáticas, esa forma de pensar encuentra tanto campo de juego como en la jurisprudencia. En esto reposa precisamente la extraordinaria fuerza de atracción que ha ejercido y ejercerá siempre sobre todos los espíritus con vocación para pensar de ese modo. Recuerdo aún la época en que, finalizados mis estudios universitarios, me sumí hondamente en la lectura de las fuentes romanas, para prepararme para la carrera académica. ¡Cuán exquisita me resultó aquella lectura! Parecía descubrirme los secretos de un mundo con el que nada de lo aprendido hasta entonces podía compararse. Mi ánimo era semejante al de un marino que sale a altar mar, y contempla el majestuoso océano que yace ante su mirada, ve sobre su cabeza nada más que el cielo, aspira el aire de mar fresco

y vitalizador, y se siente libre de todos los oprimentes lazos y cadenas de la tierra, atento enteramente a sus propias fuerzas y a su brújula. Pero justamente esa libertad, ese vasto campo de juego que halla a su disposición la mente, que recibe entonces del caudal de pensamiento de los predecesores más impulsos que frenos, precisamente eso encierra, junto con su cautivante atractivo, un grave peligro: el de encallar en un banco de arena o arrecife, y desviarse de la meta final. El teórico puede parangonarse con el marino en dos aspectos, pues su cometido es también *llegar* al puerto de destino y evitar cualesquiera desviaciones del rumbo prescrito, los arrecifes y los bancos de arena. Su misión no es ir navegando por placer, sin meta ni rumbo, sino arribar, y el viaje habrá valido la pena según las mercaderías que desembarque. Justamente eso es lo que echo en cara a la jurisprudencia de conceptos: que esté navegando, sin preocuparse si, al arribar tras larga travesía, puede descargar verdaderos bienes, es decir, bienes de valor práctico para la vida. Aplicándose rigurosamente a pulir los conceptos, llega a labrar diferencias tan sutiles y delgadas que esos conceptos se quiebran en la mano del práctico que tiene que manejarlos. Pero la jurisprudencia se limita a descargar sus productos. ¡Que se preocupe el profesional del uso que les da! Mas éste los deja abandonados en el muelle, sin tocarlos; para él, no son más que un lastre teórico inservible. Todo el viaje ha sido en balde, un juego del intelecto, que puede haber sido un deleite para quien se entretuvo jugándolo y también para otros que gustan de esos pasatiempos, pero que no arrojó ningún fruto de utilidad. ¿No ocurre acaso lo mismo cuando la teoría establece, por vía de la deducción lógica, reglas jurídicas que luego son inaplicables por ser su resultado totalmente absurdo, como la ya fustigada opinión (págs. 75 y ss.) de que al pignorarse todo un conjunto patrimonial, el orden de preferencias se regirá por el orden en que los objetos fueron ingresando en el patrimonio? ¿O la tesis que entra en pugna con la finalidad del instituto, declarada en la ley, como la mentada opinión de Savigny (pág. 249) de la imprescriptibilidad de ciertas acciones por falta de violación de un derecho? Estos son los bancos de arena y arrecifes ante los cuales la teoría debería detenerse, dar vuelta y convencerse de que ha equivocado el rumbo, si no se hubiera obstinado en seguir siempre en línea recta. Las formulaciones doctrinales y las abstracciones que conducen a resultados prácticos absurdos o que repugnan a la voluntad declarada de la ley, se condenan ellas mismas; su planteo debe contener algún error. Una fórmula como la de Savigny, relativa a la subsistencia de la posesión, que desgaja la posesión de la facticidad y la hace subsistir sobre la base de la mera posibilidad de la reiteración, sin ningún viso de realidad, por toda la vida de las personas físicas y a perpetuidad cuando se trata de personas jurídicas (pág. 251), da prueba de encerrar un error radical. Y como esa fórmula no sólo fue sostenida firmemente por su autor durante toda su vida, sino que también halló aprobación general en la doc-

trina, queda de manifiesto que la finalidad práctica del derecho se ha perdido completamente de vista. En las cuestiones prácticas, como en la aritmética, es el resultado el que prueba la exactitud de la operación; si el resultado está mal, la operación tiene que adolecer de algún error. El cálculo deberá revisarse: el resultado práctico tiene por función ser correctivo del pensar teórico.

Con esto he tocado el punto que lleva la marca de lo que yo llamo la moderna jurisprudencia de conceptos. Toda jurisprudencia opera con conceptos. Pensar jurídicamente equivale a pensar en conceptos, y en ese sentido toda jurisprudencia es jurisprudencia de conceptos, empezando con la romana. El aditamento, en sí, es superfluo. Si yo, no obstante, lo añado, es para calificar aquella desviación de la jurisprudencia de hoy que, sin prestar atención a la finalidad última, que es la práctica, ni a las condiciones de aplicabilidad del derecho, ve en él tan solo un objeto en el que puede ejercitarse el pensamiento lógico, librado a sí mismo y que lleva en sí su propio atractivo y su propia finalidad: una palestra para las evoluciones lógicas, para la gimnasia del espíritu, en la que se llevará la palma quien revele el mayor virtuosismo.

¿A qué se debe esa aberración en una ciencia tan práctica como lo es la jurisprudencia? A nadie le resultará muy difícil la respuesta: ella se vincula con la antítesis entre la teoría y la práctica o, dicho con más precisión, con la forma en que la ciencia se presenta, con dos estamentos profesionales distintos, de los cuales el uno se ocupa preferentemente del cultivo de la teoría, y el otro del cuidado de la práctica. Toda ciencia práctica encierra esa antítesis interna, no solamente en cuanto, desde el punto de vista objetivo, puede diferenciarse la suma conceptual de las reglas, principios y técnicas a aplicarse, de la aplicación de las mismas, sino también en cuanto, desde el punto de vista subjetivo, los individuos pueden mostrar diversa predisposición o formación con respecto a la una o a la otra. Hay prácticos dotados de un gran saber teórico pero poco perspicaces e inhábiles —el «erudito» que tanto temen los prácticos en su medio—, y otros que saben poco de teorías, pero tienen gran aptitud para la práctica [3].

Lo natural sería que ambas profesiones se fusionaran en una. De ese modo, la teoría y la práctica guardarían vivas relaciones, contribuirían a su mejoramiento recíproco, se fecundarían y mantendrían en equilibrio. ¿Por qué entonces ese divorcio? Pues: en interés de la enseñanza. El teórico en el campo de la jurisprudencia evolucionó a partir de la figura del maestro, no del hombre a quien el ocio y la posición económica le permitían estudiar el derecho, por mero interés científico, con más hondura de lo que permiten

[3] Este contraste se repite incluso en los pueblos. A mi juicio, por ejemplo, los franceses e italianos nos superan decididamente a nosotros, los alemanes, en cuanto a dotes jurídicas prácticas.

la prisa y las ocupaciones cotidianas. El anacoreta científico es un fenómeno aislado que no surge por imposición de las necesidades. Pero la docencia sí ve la necesidad. Y ello ocurre cuando el derecho llega a ser tan caudaloso y la teoría tan evolucionada que, para iniciarse en la profesión, no basta ya estudiar por cuenta propia y seguir un curso práctico con algún profesional. Eso fue lo que aconteció en Roma en las postrimerías de la República. Del curso práctico que hasta entonces se seguía con algún jurista conspicuo (el *instruere*), se desprendió la enseñanza introductoria teórica (el *instituere*). Al principio fue una institución puramente privada, una relación transitoria de un discípulo con un maestro, pero luego se hizo permanente y fue organizada en forma de institutos públicos de enseñanza, las conocidas escuelas de Labeón, Capitón y sus sucesores.

Para el desarrollo de la teoría jurídica romana, la segregación de la docencia para constituirse en profesión autónoma no fue desventajosa. Por el contrario, de ahí data el conocido auge de la teoría, que culmina con la jurisprudencia clásica. A mi parecer, la gran importancia de ese hecho no ha sido lo suficientemente destacada. En mi opinión, marca un tránsito en la historia de la jurisprudencia romana, el paso de la época práctica a la verdadera ciencia jurídica. Con las doctrinas, orales o escritas, nace para toda rama del saber una exigencia que el mero saber no impone: la de su formulación correcta y exacta. Es bien sabido que una cosa es saber algo y otra distinta explicárselo a otro. Esto último requiere que uno mismo tenga una idea perfectamente clara sobre el punto: lo que ha sido, en mayor o menor medida, algo inconsciente, una sensación o algo sabido a medias, se eleva ahora al plano de lo consciente o del saber acabado. La regla: *docendo discimus* no quiere decir que para enseñar tengamos que adquirir algunos conocimientos adicionales, sino que, para enseñar, tenemos que clarificar por completo nuestras ideas que no son del todo claras. En alemán existe una expresión similar muy acertada: *sich klar schreiben* (escribir para lograr claridad). Personalmente, he comprobado infinidad de veces la verdad de este aserto. Hasta con las ideas que he elucubrado y albergado en mi mente durante años, siempre puedo volver a comprobar que sólo obtengo un dominio perfecto de ellas cuando les doy forma escrita. Estoy convencido de que en muchos espíritus bien dotados, de los cuales el mundo nunca ha tenido noticia, han dormitado nociones, ideas y concepciones que habrían reportado la mayor gloria a quienes las incubaron, si alguna necesidad exterior los hubiese obligado a darlas a luz. Es posible que en el interior de la mente humana se pierda tanto como en la naturaleza: de las semillas, son las menos las que germinan, y no pocas veces es la semilla de la cizaña la que brota y prolifera, mientras que las semillas nobles se pudren en la tierra o se secan a la vera del camino, por serles desfavorables las condiciones.

Si esto es acertado, el maestro profesional, aunque no iguale a otro en cuanto a caudal y a profundidad de conocimientos, le aventajará en cuanto

a la forma. Su profesión le obliga, valga el símil, a tener su capital siempre en efectivo, a llevar consigo dinero contante y sonante, mientras que el otro ha inmovilizado su haber y no lo convierte en circulante con tanta facilidad. La fuerza del jurista práctico está en la seguridad y soltura con que procede a la *aplicación*, la del jurista teórico en la aptitud de *formular* con desembarazo y acierto. La profesión ejerce en este aspecto una influencia decisiva, como no podía ser tampoco de otra manera. Una misma persona sería distinta si hubiera adoptado otra profesión. Con esto no quiere negarse, por supuesto, la influencia de una vocación innata por una u otra orientación, la cual, sin embargo, sólo en muy raros casos será extraordinaria.

Pero la docencia profesional no solamente muestra su eficacia por su influencia sobre el individuo, sino también sobre la ciencia misma. Las experiencias que tienen los individuos en lo tocante al enseñar y al aprender, redundan en beneficio de la ciencia, que se ve enriquecida por un elemento peculiar qu llamaré, sucintamente, el elemento *didáctico*. Al práctico podrán bastarle los conocimientos y concepciones que posee y que domina de tal modo que en cualquier momento pueda sacar del arca de su saber lo que necesita para el caso. El maestro, en cambio, tiene que dar a la suma del saber que quiere comunicar a su alumno, la forma adecuada para que pueda ser aprendida.

El logro de esa finalidad está condicionado por un aprender paulatino y metódico.

Como el pintor que, al pintar un cuadro, no va terminando desde un principio los detalles, sino que comienza trazando los contornos, aplica luego los colores de fondo y sólo por último pasa al pormenor, tampoco el buen maestro comenzará exponiendo circunstanciadamente una determinada doctrina, sino que preparará el entendimiento para ella, tomando conciencia de aquellos conocimientos, concepciones y conceptos que constituyen sus presupuestos. La jurisprudencia romana resolvió este problema en una forma que hemos conservado hasta el día de hoy: las *Institutiones*[4]. Para el desarrollo sistemático de la ciencia jurídica romana, fue de extrema importancia una forma de enseñanza tomada de los griegos. A la exposición puramente práctica de las leyes y edictos en forma de comentarios, se le sumó la exposición didáctica, dándoles lo que hasta entonces les había faltado: la sistemática interna, que constituyó para el conocimiento científico un adelanto cuyo eminente significado no necesito explicar aquí[5]. Con esto se vinculaba estrechamente el tajante deslinde de las contraposiciones: las clasificaciones, tan extraordinariamente importantes en toda disciplina, y

[4] Me limito a dar este nombre. El entendido sabe que había también otras designaciones, como por ejemplo *libri regularum, elementa, definitiones, encheiridia*. De esa índole parecen haber sido también los *libri tres iuris civilis* de Masurio Sabino.

[5] He dado al respecto mi opinión en mi *Geist des Römischen Rechts*, III, 2.ª ed., 4, pág. 330.

el establecimiento de reglas y definiciones breves y precisas, marcó otro progreso en materia de exploración científica y captación consciente de relaciones singulares, no menos importante que la sistemática para el estudio y comprensión del conjunto.

Resumiendo todo lo dicho en una proposición, podemos afirmar que la formación científica del derecho romano y buena parte —no la totalidad— de su valor para la época actual, reposan en el hecho de que pasó por la escuela. Hasta qué punto esto ha simplificado asimismo su aplicación práctica, podrá comprobarlo cualquiera que compare la situación de un jurista continental con la de un jurista inglés. Aquél obtiene, tras unos estudios universitarios relativamente breves, un dominio seguro de todo el derecho, mientras que sus colegas ingleses son especialistas, ninguno de los cuales está en condiciones de dominar el derecho entero. La explicación está en que el derecho romano ha pasado por la escuela, no así el derecho inglés. Sólo ahora están en marcha las primeras tentativas en tal sentido, y la jurisprudencia inglesa tendrá tarea para colocar su derecho a la altura del romano y de su hijo, el derecho continental. Como se ve, la escuela produce réditos.

Claro está que tiene que ser la *buena* escuela, y aquí toco el punto clave de la relación entre teoría y práctica. Cuando una ciencia es práctica, la teoría debe mantener siempre un continuo contacto con la praxis, si no quiere perder la buena senda. En Roma esto fue observado. Sabemos que muchos de los conspicuos juristas romanos asociaban la labor docente con la práctica [6].

En tiempos de los emperadores cristianos se puso fin a esa doble posición: la función docente deviene, como lo es hoy, exclusiva, es decir, se convierte en una profesión propia, el maestro es contratado y pagado por el Estado. Pero ahí murió la ciencia. De esa época no nos ha llegado ni una sola obra científica, y la nula influencia de la escuela sobre la práctica surge con toda claridad del hecho de que ésta buscó su sostén teórico exclusivamente en obras que databan de siglos atrás. ¡Imposible imaginar peor *testimonium paupertatis*!

La doctrina inició, como se sabe, el renacimiento del derecho romano en la Europa moderna. Fue a la escuela a la que debió ese derecho su validez en la práctica. Desde ese momento comenzó para él el conflicto de dos intereses opuestos: el interés puramente científico de reproducirlo en la misma forma pura que cualquier otra pieza de la Antigüedad, y el interés práctico de amoldarlo a los objetivos de la vida. Según los individuos, pueblos y épocas, predominó ya la una, ya la otra tendencia. Todo hace recordar las oscilaciones de un péndulo. El comienzo fue dado por la tendencia científica, como la llamaré en gracia a la brevedad, en la época de los glosadores. En tiempos de los posglosadores, la jurisprudencia se volcó exclu-

[6] Lo que ha sido comprobado en el valioso escrito de F. P. BREMER, *Die Rechtslehrer und Rechtsschulen in der römischen Kaiserzeit*, Berlín, 1868.

sivamente hacia los problemas prácticos. Luego, al despertar de nuevo la ciencia, retornó, pero con la misma estrechez de miras, la tendencia anterior, con lo que se prestó un servicio inapreciable al conocimiento del derecho romano, pero descuidando los intereses de la vida práctica. El hecho de que las obras de los posglosadores conservaran su vieja validez aun en la época de Cuyacio y que el mercado fuera inundado por incontables ediciones de las chapucerías más banales, es la prueba más acabada de que la ciencia no había sabido ponerse a la altura de las necesidades de la vida. La reacción no dejó de producirse. Pero la jurisprudencia puramente científica resucitó todavía dos veces: primero en Holanda, a principios del siglo pasado, y luego en Alemania, a comienzos del presente. La hegemonía en la jurisprudencia teórica pasó de las dos naciones románicas, la italiana, dueña por dos veces del cetro, y la francesa, insuperada e inigualada en este terreno, a las naciones germánicas, la holandesa y la alemana.

Esta somera reseña de las etapas que atravesó la jurisprudencia romanística y que nos muestra un cuadro continuamente cambiante, subrayará lo afirmado sobre la antítesis de los enfoques de que fue objeto el derecho romano por su doble carácter de reliquia de la Antigüedad y elemento del derecho moderno. Esta rotación periódica de dos enfoques diametralmente opuestos es un fenómeno peculiar de la historia moderna del derecho romano, que no se ha repetido en ningún otro derecho del mundo. En la ciencia jurídica, como en todas las demás ciencias, las tendencias y métodos podrán sucederse, y la evolución tomar la forma de un movimiento ondulante, que nos mostrará a la ciencia, ora en su cúspide, ora en un punto bajo, pero una contraposición tan polarizada de dos modos de enfocar un mismo objeto, de los cuales el uno persigue una finalidad totalmente distinta que el otro, no tiene ni tendrá parangón. Al llegar a su clímax en la época del Renacimiento, esa contraposición se agudiza a tal punto que las obras más sobresalientes de una de las tendencias resultan casi sin valor para los fines de la otra. Las obras de Cuyacio eran tan inservibles para quien quería aplicar el derecho romano en la práctica, como las de Bartolo y Baldo para quien se interesaba por el conocimiento científico de ese derecho y por el análisis de su espíritu. La diferencia de metas de las dos tendencias obligaba a un tratamiento tan distinto de ese mismo objeto, que su identidad resultaba casi irreconocible.

Hoy hemos comprendido que ambas tendencias deben asociarse. La enseñanza universitaria en nuestros días está calculada tanto para proporcionar al alumno un panorama del derecho romano puro y de su evolución histórica y compenetrarlo con el espíritu de ese derecho mediante el estudio de sus fuentes, como para ponerlo en condiciones de utilización en la vida. Savigny tendrá por mérito imperecedero el haber iniciado el enfoque literario y académico del derecho romano siguiendo la primera de las dos orientaciones. Esto lo hizo, como se sabe, con su obra *Recht des Besitzes*

(1803), una proeza científica de primer orden de un autor de apenas veinticuatro años, y que habría de ser en adelante el paradigma, el canon de todo tratamiento dogmático del derecho romano. Es una de aquellas muy raras obras que abren un capítulo nuevo en la historia de una ciencia. Pero por notable que sea como creación del espíritu, y admirable la independencia y fuerza de aquel joven que rompe con la tradición y marca sus propias sendas, el libro es, juzgado a la luz de criterios prácticos, completamente malsano, escrito con un absoluto desentendimiento de la realidad que está tratando, y sin consideración de la aplicabilidad de las reglas que desenvuelve. En ningún pasaje puede verse un intento de cumplirlas o ponerlas a prueba desde un punto de vista casuístico. Savigny apenas se sale de los casos citados por las fuentes. Si lo hubiera hecho, habría tenido que convencerse de que esas reglas no ofrecen ninguna garantía en su aplicación. Son blandas como la cera y elásticas como la goma, pudiendo hacerse con ellas lo que a uno se le antoje. Y por eso, pese a su vinculación extrínseca con las fuentes, no ha dado un cuadro de la teoría romana, y los posteriores adelantos de la doctrina han demostrado que, una por una, las reglas fundamentales de Savigny son equivocadas. De todo el edificio apenas ha quedado algo en pie. La total indiferencia por la función práctica de la posesión, que yo he señalado como error cardinal del libro, queda demostrada también por el hecho de que el autor mantiene una actitud de rechazo contra todo el desenvolvimiento moderno de la institución, que lleva a una tutela ampliada de la posesión (*actio spolii* y *summarissimum*). Ni siquiera se le ocurre pensar que su implantación puede haber respondido a una necesidad ineludible; rechaza la idea aduciendo que se trata de una institución que no es romana, «un error de los jurisconsultos modernos» (pág. 218). A Bruns corresponde en primer lugar, por su ejemplar trabajo *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart* (El derecho de posesión en el medievo y en el presente) (1848), el mérito de haber echado luz sobre esta faceta que Savigny pasó totalmente por alto. Su mérito es, a mi modo de ver, mucho más duradero que el de Savigny.

Con esa obra Savigny sentó un ejemplo que fue determinante, tanto en la buena como en la mala parte, para los tiempos que siguieron [7]. Todos los años se publican nuevos trabajos sobre el derecho romano, en los cuales uno se pregunta atónito qué finalidad y valor tendrán todos estos problemas y cuestiones que los autores buscan resolver concentrando todas sus energías. Para la aplicación del derecho no tienen valor alguno. ¿Y para la escuela? A esto responderé más adelante (pág. 280). Lo cierto es que la teoría va perdiendo cada vez más de vista lo vital. Se comporta como si el derecho existiera para ella, como si fuera un objeto muy a propósito para hacer

[7] Pero PUCHTA aun lo superó, como vimos en la pág. 248.

ejercicios de lógica, o un circo para practicar piruetas y acrobracias dialécticas.

¿Cómo ha sido posible tamaña aberración? Deberemos tomar conciencia de las causas que han llevado a ella para saber si hay posibilidades de corregir este estado.

En mi opinión han concurrido dos causas: la dedicación exclusiva del teórico a la labor docente y la peculiaridad de la materia, el derecho romano, que es objeto de su actividad universitaria y literaria. Ninguna de esas dos causas habría podido, por sí sola, conducir a ese resultado. También los profesores de derecho privado, comercial, penal, procesal, político y eclesiástico tienen dedicación exclusiva, y, si se prescinde de los raros dictámenes que se les requieren, no tienen, desde que fueron abolidos los dictámenes oficiales de facultad, oportunidad alguna para desarrollar una actividad práctica. Pero en ninguna de esas disciplinas ha podido arraigarse la jurisprudencia de concepos, aunque no faltaron intentos para lograrlo. ¿Por qué no? Porque todas esas ramas del derecho están inmersas en la gran corriente de nuestro tiempo, porque cada año surgen nuevas cuestiones y nuevos hechos de los cuales la teoría tiene que tomar nota y formarse un juicio. Quiera o no, se ve obligada a examinarlos desde los puntos de vista práctico y legislativo. En la mayoría de esas ramas, las reformas legislativas más importantes no se implantaron sin haber tenido antes los teóricos oportunidad y necesidad de expresar su opinión sobre ellas. Los candentes problemas del momento siempre les ofrecen buena ocasión para utilizar sus conocimientos de la vida, y el mismo hecho de que a esas ramas afluya constantemente nuevo material que es necesario encuadrar científicamente o que exige incluso que se erija una disciplina nueva, los pone a salvo del peligro de malgastar sus energías y su tiempo en cuestiones inútiles. En ninguna de esas ramas es posible darse el lujo de despilfarrar el tiempo con problemas como los que están a la orden del día en el campo romanista. A quien se dedica a la caza mayor, no le tienta salir a atrapar mosquitos.

¡Cuán distinta es la situación de los romanistas! Fuera de algunas innovaciones que, en el fondo, tienen poca importancia, como el problema de los intereses, la corriente legislativa de nuestro tiempo ha pasado de largo el derecho romano, sin dejar en él huella alguna; el derecho romano goza de la tranquilidad más absoluta. No hay problemas nuevos que se planteen a sus cultores, ni cuestiones de actualidad en las cuales pudieran intervenir, ni ningún material nuevo al que haya que darle forma; para él, todo ha quedado como antaño. La dogmática del derecho romano no conoce otras tareas, cuestiones ni dificultades que las que han sido objeto del esfuerzo de miles de estudiosos desde la época de los posglosadores. Son siempre los mismos pasajes complicados y contradictorios de las fuentes, que ya han retado infinidad de veces la habilidad del exegeta, los que figuran hasta el día de hoy en su programa de trabajo, y siempre vuelven a encontrarse per-

sonas que acometen el intento de desentrañarlos. El mal que aqueja a la teoría romanística es la falta de problemas verdaderamente grandes e importantes. El trabajo principal ya ha sido hecho y lo que resta por explotar para fines dogmáticos prácticos es ínfimo. Falto de objetivos fértiles de investigación, falto de grandes problemas, el teórico se ve necesitado de recurrir a cuestiones que carecen de toda significación para la vida, y a lo sumo pueden pretender ser problemas de escuela. No subestimo la importancia que estos problemas puedan tener para la enseñanza del derecho, pero estoy muy lejos de creer que el análisis exageradamente puntilloso de nuestros conceptos jurídicos tradicionales, que no pocas veces ha terminado con el rechazo total del concepto mismo, haya producido un adelanto en el aspecto didáctico o pedagógico; antes bien, estoy convencido de que ha ocurrido precisamente lo contrario. La forma simple y gráfica se ve forzada a ceder el paso a otra complicada y sumamente artificiosa. Conceptos y definiciones que, aunque no fueran perfectamente correctos, son sin embargo fáciles de captar y aplicar, son sustituidos por otros, supuesta o realmente correctos, que no ofrecen esa ventaja. A mi modo de ver, en la enseñanza del derecho, como en la de cualquier otra disciplina, el criterio decisivo debe ser la idoneidad para el fin perseguido. Una inexactitud que redunde en beneficio de la buena enseñanza es preferible a una exactitud que la frustre. El buen maestro, valga la paradoja, debe tener el valor de no ceñirse a lo estricto en el momento oportuno. Aunque el instrumento que ponga en manos de su alumno no sea perfecto, deberá preferirlo a uno perfecto si el alumno aprende a tocar mejor con aquél que con éste. Esta consideración me viene sirviendo de guía hace ya años en mi labor docente, y la experiencia me ha dicho que ese método es el adecuado. La mayor parte de las conquistas que la jurisprudencia moderna cree haber logrado por vía de una minuciosa crítica y análisis de los conceptos jurídicos fundamentales, no me ha servido para enseñar. Todo el enorme desgaste de energía mental que ha causado ese objetivo no ha producido utilidades ni siquiera para la escuela.

¿A quién podrán serles útiles, entonces, si no sirven ni para la vida práctica ni para la escuela? La única respuesta que se me ocurre es: a aquel que halle deleite en ese tipo de elucubraciones. Yo no me cuento entre éstos. Mi interés por la ciencia jurídica no ha mermado con los años; por el contrario, ha aumentado, y no conozco mayor placer ni misión más noble en la vida que dispensar al derecho todas mis fuerzas y contribuir a que se lo comprenda en toda su magnitud y trascendencia. Tampoco el derecho romano, al que debo todo lo que soy y lo que he forjado, ha perdido nada de la fascinación que me produjo desde el primer momento. Pero si me pregunto qué es lo que he aprendido de nuevo en estos treinta años (conste que no me refiero a la historia del derecho romano, sino a su dogmática), veo ante mí una ganancia tan minúscula que lamento el tiempo que he malgastado para obtenerla, y contemplo con envidia otras ramas del saber

en las que en el mismo lapso se registraron pingües beneficios. No puedo acallar esta confesión: he perdido el gusto, no por el derecho romano mismo ni por el oficio de exponerlo en las aulas universitarias, pero sí por la literatura romanística de nuestros días. No puedo sacarle el jugo a la mayoría de sus producciones. Si aún fuera joven, elegiría otra materia. ¿Podrá ser que en alguna época futura el derecho romano, hoy tan poco fértil, vuelva a dar una cosecha abundante? ¿Quizá cambiando el enfoque, como podría ser tratándolo desde el punto de vista político-legislativo y comparativo? ¿Quién podría decirlo? Lo que es seguro es que la cosecha actual apenas justifica el esfuerzo y las penas: es la siega otoñal en un año de sequía. Es escasa y sequeriza, y hasta el poco heno que se recoge viene mezclado con cizaña. Sobre su valor sólo podrían engañarse quienes le dedican empeño y tienen un natural interés en que no se menosprecie su esfuerzo.

Hasta cierto punto, la cosecha es tan magra por las condiciones del suelo. Sus reservas práctico-dogmáticas y exegéticas están prácticamente agotadas luego de que los medios auxiliares que se agregaron al descubrirse nuevas fuentes, entre las cuales descollaban los escritos de Gayo, han sido sustancialmente aprovechados. Sólo en un aspecto parece ser todavía aprovechable y aquí creo haber dado con la causa que, si bien no ha dado vida a nuestra moderna jurisprudencia de conceptos, al menos le ha dado el impulso más poderoso. Sólo la jurisprudencia de conceptos ofrecía la posibilidad de un nuevo tipo de tarea. Además, al atractivo de lo novedoso se sumaba este otro: el del vuelo libre, independiente y embriagador del pensamiento, dicho sucintamente, el atractivo seductor de la dialéctica. La historia nos muestra cuántas veces la ciencia sucumbió a ese peligro: el escolasticismo, el casuismo moral de los jesuitas, la literatura talmúdica son ejemplos que superan en mucho, en cuanto a esterilidad y sutileza, a nuestra jurisprudencia de conceptos. Si en algún campo tiene cabida el pensar conceptual, creador de conceptos y rigurosamente consecuente, será en el campo del derecho, y precisamente en el del derecho romano presenta sus conquistas más brillantes y su valor práctico. Parecería entonces que la jurisprudencia de conceptos, por seguir el modelo romano, anduviera por las huellas de éste. Tal es la apariencia, pero la realidad es otra. Los juristas romanos piensan consecuentemente, pero se detienen cuando la necesidad práctica se lo ordena. Al atenerse a la lógica jurídica, nunca pierden de vista las realidades de la vida. La moderna jurisprudencia de conceptos no para mientes en ellas, sino que sigue impertérrita su camino en línea recta, aunque por último llegue a un resultado totalmente incompatible con la aplicación del derecho que se destruye a sí mismo por su intrínseca imposibilidad. La lógica ya no sirve a la vida, como en Roma, sino la vida a la lógica.

Esa exageración de un método en sí consustancial con la jurisprudencia, es de fecha reciente. Quien abrió la senda fue, como ya dijimos, Savigny con aquel primer trabajo suyo. Lo que caracteriza a la jurisprudencia de

conceptos de la hora actual es la despreocupación por la aplicabilidad de las reglas establecidas por vía del desarrollo abstracto de los conceptos y de las consecuencias rígidas. En una jurisprudencia como la romana, colocada en medio del cotidiano vivir y de sus necesidades, tal despreocupación era imposible. Pero nuestros teóricos de hoy tienen el derecho de no aplicar; solamente tienen que enseñar. He ahí la razón que les permite desentenderse de la aplicabilidad de sus teorías.

¿Qué hacer para cambiar este estado de cosas? Si fuera posible que el teórico desempeñara al mismo tiempo una profesión práctica: la de abogado o la de juez, se habría hallado el remedio. El práctico pondría freno al teórico. Esto es hoy la regla en Italia. La mayoría de los profesores italianos que conocí durante mis viajes por ese país, eran abogados o estaban en la carrera judicial. Pero la solución no es deseable. El práctico tiene que dar de comer al teórico que no puede vivir de su cátedra, y entonces le roba el tiempo a éste. La incompatibilidad de las dos profesiones ha llevado a que excelentes profesores se vieran obligados a abandonar su cátedra y dedicarse exclusivamente a la abogacía.

Así pues, el divorcio de las dos profesiones, tal como se estila en Alemania y en la mayoría de los demás países, parece merecer preferencia, aunque aleje al teórico de la vida práctica, y creo que esta solución se afirmará también en el futuro. Es cierto que la unión ha mostrado ser factible en otras ciencias prácticas, por ejemplo, en la medicina, y los profesores de sus ramas prácticas, el clínico y el cirujano, lejos de tener que ceder el campo al médico de cabecera, justamente gozan de la mayor confianza del público y dan así la prueba de que se puede ser al mismo tiempo un gran teórico y un gran práctico. ¿Por qué no podrían serlo también los juristas, en particular, el romanista, del cual nos estamos ocupando? ¿Por qué no podría éste ser al mismo tiempo abogado o juez? Porque su campo de estudios es muchísimo más de índole histórica que el del clínico o del cirujano. Estos pisan con ambos pies el suelo del presente; el romanista tiene puesto uno en el campo del presente, el otro en el campo del pasado. Justamente las precarias posibilidades de investigación científica de los profesores italianos y los valiosos logros de sus colegas alemanes en el campo del derecho romano y germánico, permitidos por el tiempo libre que pueden consagrar a la ciencia, son dos hechos que parecen no dejar duda de que la separación de las dos profesiones es útil y conveniente.

Pero aunque aceptemos que este sistema no debe modificarse, cabe preguntarse si no habrá algún medio que pueda paliar en cierta medida, ya que no eliminar, sus inconvenientes. Es esta una cuestión que me ha preocupado mucho y seguidamente expondré las ideas que me he formado al respecto.

Son tres los medios de los cuales me prometo un buen resultado.

Primero: que el teórico cumpla el período legal de práctica preparatoria, en otras palabras, que solamente se admita como profesor de derecho romano

y de nuestro futuro derecho civil a quien haya aprobado el examen que sigue el período de práctica y habilita para el ejercicio de la profesión. El ingreso tardío en la docencia se verá compensado entonces por las ideas prácticas que ese hombre incorporará a su haber, y quien tenga la mira puesta en esa carrera, tendrá también, durante ese período, tiempo y oportunidad de prepararse para ella.

El plan de enseñanza de nuestras universidades no conoce una división entre la parte dogmática y la parte histórica del derecho romano. Ambas son de competencia del romanista, para ambas éste deberá dar abasto. Aun cuando sienta mayor inclinación por la historia, las ideas prácticas que habrá ganado le resultarán igualmente provechosas. Es mi convicción que el derecho del pasado sólo puede comprenderlo quien entienda el derecho del presente, es decir, quien tenga una concepción práctica y se haya formado un juicio sobre las exigencias de la vida. Hay más de una opinión histórico-jurídica malsana o equivocada que sólo me puedo explicar diciéndome que a su autor le ha de haber faltado esa condición.

Segundo: que se dé a la enseñanza universitaria del derecho una estructura que responda a su finalidad última, que es la práctica. Esto exige, a mi modo de ver, no solamente que las lecciones teóricas se expongan adecuadamente, ilustrándolas continuamente con casos y ejemplos prácticos. Esto es sólo *deseable,* pero no puede ser *impuesto.* Es únicamente un deseo piadoso, que el docente tendrá en su voluntad cumplir o no cumplir. Pero sí puede imponerse, es decir garantizarse institucionalmente, la integración obligatoria de las lecciones teóricas con ejercicios prácticos; en el caso del derecho romano, con las llamadas ejercitaciones de las Pandectas o *practica civiles.* Reclamo su implantación no solamente para bien de los estudiantes, sino de los mismos docentes, para que les sirva de correctivo contra su unilaterialismo teórico. Si el mismo docente tiene que aplicar las enseñanzas que ha impartido, verá si éstas pueden aplicarse. Se convencerá entonces de que no es lo mismo establecer una diferencia *in abstracto* que demostrar cómo puede reconocérsela *in concreto,* que algo puede ser fácil de imaginar para el teórico, pero difícil de probar para el litigante y que hay trecho entre garantizar la corrección lógica de un resultado y garantizar su oportunidad práctica. Hablo por propia experiencia. Hace más de cuarenta años que vengo llevando estos ejercicios de las Pandectas y no alcanzo a ponderar de cuánto me han servido. Ya tengo por hábito consustancial formarme una idea de la aplicación de todas las reglas, conceptos y diferencias jurídicas, planteándome un caso práctico y poniéndolos así a prueba, en síntesis, controlando el pensar abstracto con el casuístico.

Pero no bastará con que el profesor exponga los casos y los resuelva. Tanto para el profesor como para sus alumnos esos ejercicios sólo cobran valor a través de un activísimo e ininterrumpido intercambio de opiniones. El profesor no solamente deberá tolerar que se contradiga y busque refutar

sus afirmaciones, sino que deberá invitar a que le hagan colocarse en el mismo plano que sus alumnos, como si él y ellos fueran todos miembros de un tribunal colegiado; lo que deberá gravitar en última instancia en la solución habrá de ser, no la autoridad que el catedrático tiene por su cargo, sino la fuerza de sus razones y argumentos. Así practicados, esos ejercicios serán útiles y estimulantes por igual para ambas partes. A mí me atraen aún hoy en sumo grado; siempre me causa placer hacerlos, siempre aprendo de ellos, y confieso que no pocas veces un alumno perspicaz me señaló algún punto de vista que hasta ese momento se me había escapado.

Claro está que esos ejercicios tienen algo de incómodo también para el docente, que debe descender de su pedestal y consentir que puedan invertirse los papeles de interrogador e interrogado y contar con que se le formulen preguntas para las cuales no estaba preparado. No solamente debe dominar con aplomo y exactitud ese campo del saber, sino que también deberá saber aplicar sus conocimientos en cualquier momento, sin formas aparatosas ni largas deducciones, en forma breve y concisa, para responder a la pregunta que se le formule. Pero precisamente por eso, porque esos ejercicios plantean a los docentes exigencias a las cuales no todos se someten gustosamente, su implantación debería ser obligatoria. Ningún docente del derecho romano debería obtener la *venia legendi* sin comprometerse a incluirlos en su programa. Quien se considere con vocación para enseñar a otros una disciplina práctica, deberá dar prueba de su capacidad de aplicarla. A los romanistas de edad avanzada, que ya no se sientan con bríos y con la agilidad de espíritu necesarios para realizar esos ejercicios con buen resultado para sus discípulos y de un modo que ellos mismos queden satisfechos, podrá dispensárselos de hacerles, pero fuera de estos casos no debería eximirse a ninguno. Los ejercicios prácticos han de ser no solamente la escuela obligatoria de cada romanista, sino el correctivo permanente que ponga a resguardo del unilateralismo técnico a él y a la buena enseñanza universitaria.

Como tercer remedio propongo una doble reforma del sistema de exámenes vigente hasta ahora: por un lado, en lo que toca a la forma de tomar examen, y por el otro, en lo que atañe a la composición de los tribunales examinadores.

La finalidad de todo examen es que la autoridad se convenza de que el examinando posee en su especialidad el caudal de conocimientos suficiente. Según que esta materia sea teórica, como la historia, la lingüística o ciertas ramas de las ciencias naturales, o práctica, como la medicina, la teología, o el derecho, el mecanismo del examen habrá de ser diferente. En este segundo tipo de exámenes, el examinando deberá demostrar no solamente suficientes conocimientos teóricos, sino también habilidad para aplicarlos correctamente. Ese requisito se cumple en la medicina y en la teología; el médico debe rendir su examen práctico a la cabecera de un enfermo, a la mesa de anatomía, en la clínica obstétrica; el teólogo debe predicar y catequizar. Sólo

el primer examen de los juristas es normalmente, en la mayoría de los Estados alemanes, exclusivamente teórico. En Prusia, el examen escrito consiste normalmente en un tema teórico y solamente en Hannover (Celle) suele darse como tema de trabajo, a la manera de antaño, un expediente judicial. También el examen oral, que yo sepa, se limita, en líneas generales, a la teoría. Raro ha de ser el caso en el que se planteen en el primer examen ejemplos prácticos. Quiere decir que en el examen vuelve a perfilarse el carácter eminentemente teórico de nuestra ciencia jurídica.

Considero que este sistema es totalmente equivocado y las consecuencias están a la vista. A diario pueden oírse las quejas de los prácticos por la insuficiente formación de los jóvenes juristas y yo mismo he visto casos, al tomar el examen doctoral a licenciados, que me dejaron estupefacto y me llevaron a preguntarme cómo era posible que pudiera aprobar ese examen un hombre cuyos conocimientos de derecho romano se reducían a algunas definiciones y clasificaciones aprendidas mecánicamente, pero al que le faltaba todo criterio jurídico y cuyo saber carecía de toda base firme. Si es posible que ocurra algo así, el examen no cumple la finalidad para la cual ha sido instituido.

¿Cómo remediar esta situación?

En los últimos años, algunos teóricos propusieron que, a tal fin el plan de estudios fuera prolongado de tres a cuatro años. Discrepo totalmente. Considero que los tres años son enteramente suficientes, siempre que en ese lapso el alumno cumpla con su deber y no preste su año de voluntariado, que prácticamente está perdido para el estudio. Baso esta afirmación en la larga experiencia que he tenido tanto en los exámenes como en los ejercicios prácticos. Los jóvenes que habían estudiado más tiempo eran generalmente los peores, y a la inversa he tomado examen a otros, que no habían estudiado más que tres años y que merecieron mi respeto por el caudal, la solidez y la seguridad de sus conocimientos, y por su habilidad para aplicarlos al caso práctico. Por eso, estimo que la prolongación del plan de estudios sólo vendría a favorecer a los menos diligentes. Las posibilidades de no hacer nada, ya previstas por éstos, se verían prolongadas por un año, y los más aplicados tendrían que pagarlo. La medida sería gravosa e injustificada para los unos, y no daría frutos en los otros. A estas cuestiones sólo puede dar respuesta la experiencia; es imposible contestarlas desde un ángulo abstracto y apriorístico. Por mi larga experiencia, que difícilmente podrá superar algún otro teórico, puedo afirmar sin vacilación que esa propuesta prolongación es una medida totalmente equivocada, un experimento cuya falta de valor se haría patente muy pronto. Sería como si un médico ordenara guardar cama a un paciente que necesita aire fresco y movimiento.

No es la brevedad del tiempo de estudio la culpable de la exigua formación de tantos juristas que se inician en la praxis, sino el sistema de los estudios universitarios y del examen. Ambos adolecen del mismo mal: el

de asignar predominio, muchas veces rayano en la exclusividad, a la teoría, y en descuidar la finalidad última del estudio del derecho, que es práctica.

Ya he dicho (pág. 283) cómo la enseñanza universitaria puede remediar ese mal: mediante ejercicios prácticos. Quien no los conozca por experiencia propia, sea estudiante o profesor, no puede permitirse juicio alguno sobre ellos. Sólo con ellos el estudiante podrá comprender cabalmente lo que ha aprendido; su saber será más firme, y, habiendo despertado en él su interés por las decisiones prácticas, nacerá también el interés por la teoría; el alumno diligente será ganado para la causa de la jurisprudencia y le cobrará cariño. Yo mismo pude comprobarlo en buena medida cuando era estudiante. Sólo comprendí cabalmente la ciencia del derecho al hacer los trabajos prácticos de derecho civil, que dirigía Thöl, quien fue en Gotinga mi profesor, y más tarde mi colega y amigo inolvidable. Esos trabajos dieron a mi vida universitaria un vuelco fundamental. A pesar de entonces el derecho tuvo para mí el hechizo que hasta ese momento no había sentido. Esa experiencia pude repetirla luego como profesor con mis propios alumnos y la repito de nuevo cada año.

Ceterum censeo, con especto a la reforma de la enseñanza del derecho, que la formación de los juristas, igual que la de los médicos y teólogos, incluya, como materias obligatorias, los ejercicios prácticos.

Paso ahora a mis propuestas de reforma del examen.

El sistema del examen escrito tal como se ha venido practicando hasta ahora es, a mi entender, completamente equivocado. Es ilusorio. El trabajo escrito que el graduando debe presentar no es ninguna garantía de su verdadera formación jurídica. Con la ayuda de compendios y otros libros, también una persona que carezca en absoluto de esa formación puede llegar a confeccionar un trabajo que responda a las condiciones que, por razones de equidad, deben exigirse. ¿Revela esto una gran destreza? Los caminos que recorre le están ya señalados; lo único que tiene que hacer es no apartarse de ellos. Todo el ordenamiento sistemático de la materia, las distintas opiniones posibles e imposibles, la crítica hecha por autores renombrados, las explicaciones de los pasajes, todo el aparato bibliográfico, todo eso se encuentra a su disposición y no tiene más que recogerlo. La tarea se reduce a informar sobre las soluciones que han dado a los problemas otras personas, y, sea cual fuere la opinión por la cual el graduando se decida, siempre encontrará una autoridad de prestigio que le sirva de escudo y que también el examinador, esté o no de acuerdo con la opinión, deberá respetar.

También en este punto me basta apelar a la experiencia. Cuando tomaba exámenes de doctorado, pasaron por mis manos trabajos inobjetables de licenciados que luego, en el examen oral, revelaban una falta total de formación jurídica. Experiencias similares tuve con alumnos que habían resultado vencedores en algún concurso para la solución de un problema. Habían logrado la solución concentrando todas sus fuerzas en ese único tema, pero con desmedro de la cultura general. Sobre el valor engañoso de esos trabajos

escritos, se han hecho experiencias parecidas en el examen de historia: trabajos de seminario bien logrados y una aterradora ignorancia en el examen oral. Se sirven confites de erudición, pero falta el pan de cada día.

¡Fuera pues esos trabajos teóricos, que no ofrecen ni la menor garantía! Pero supuesto el caso de que se los conserve, quiero hacer público un hecho que he verificado respecto a los casi increíbles desaciertos que se cometen en la elección de los temas. He visto temas tan difíciles y tan extensos que, para desarrollarlos, el más experto de los teóricos habría necesitado dos o tres veces más meses que las semanas de que disponían para hacerlo los graduandos. Recuerdo una cuestión relativa a la *usucapio pro herede,* que me resultaba imposible comprender; el graduando que la había resuelto a satisfacción del examinador, me dijo que otro tanto le había pasado a Bruns, de Berlín, a quien él había acudido en busca de consejo. Para evitar tamaños disparates ¿no convendría someter esos temas, si es que a toda costa quiere conservárselos, al examen y aprobación del Ministerio de Justicia? Estoy seguro que el examinador sólo había dado esos temas porque él mismo no tenía ni noción de su complejidad y su alcance (seguramente los conocía sólo de oídas, pues de lo contrario no los habría encomendado a los alumnos, no siendo él mismo capaz de tratarlos). Sólo quien no conozca personalmente la dificultad de una tarea puede cometer el dislate de considerar soluble un problema insoluble y fácil un problema difícil.

¿Con qué podrían reemplazarse los trabajos teóricos? Si lo dicho sobre su falta de valor práctico es acertado, su supresión no crearía ninguna laguna. El examen escrito podría lisa y llanamente abolirse y el tiempo así ganado emplearse para dar mayor extensión al examen oral, lo que, comparado con el sistema actual, importaría por sí solo un progreso notable. Malo ha de ser el examinador que no consiga formarse un juicio sobre la madurez o inmadurez de un alumno luego de un prolongado examen oral. Sólo veo una razón para mantener el examen escrito, y es la consideración que podría merecer el apocamiento y el temor que sufren no pocas veces ciertos examinandos muy aptos y hace que obtengan calificaciones más bajas de las que habrían logrado de no haber estado inhibidos. El examen escrito excluye ese peligro que, por lo demás, no es tan grave, según pienso, cuando el examinador es humano y experimentado. Serviría pues para compensar o corregir esas circunstancias peculiares que desfavorecen al graduando en el examen oral.

Pero siempre debería cuidarse que el sistema ofrezca efectivamente la garantía que con él se busca. Y para eso conozco solamente un método: el de la confección de trabajos escritos sencillos que el examinando debe hacer a puerta cerrada y sin ayuda de material bibliográfico. El valor de ese examen, que por supuesto tiene por condición un manejo severo y concienzudo de la clausura, lo he podido comprobar durante más de dieciséis años cuando fui miembro de la comisión examinadora de la Universidad de Giessen. Los

resultados allí obtenidos nunca me defraudaron, sino que siempre se vieron confirmados luego en el examen oral.

Lógicamente, las cuestiones planteadas tendrían que ser diversas y posibles de contestar en un período de clausura breve (que en Giessen era de dos horas). Del derecho romano se planteaban dos preguntas que, como todas, requerían el consentimiento de la comisión. Yo ponía siempre un caso práctico, sencillo, como lo exigía la finalidad del examen, un problema dogmático descompuesto en una serie de preguntas que podían contestarse con relativamente pocas palabras y la tercera era, ya una pregunta de historia del derecho, ora la interpretación de un pasaje de las fuentes. La forma en que se resolvía el caso práctico y la interpretación del pasaje me daban siempre la pauta más segura para juzgar la formación jurídica del alumno. La simple memorización de definiciones, reglas y datos históricos no eran suficientes para resolver ninguno de esos dos problemas; los conocimientos tenían que ser sólidos, el individuo tenía que saber aplicarlos para resolver esos problemas. Los graduandos con aptitudes pasaban muy bien la prueba práctica y la exegética, que eran por otra parte las que más temían los ineptos. Todos sabían que el verdadero estado de su formación saldría a relucir en ellas más que en ninguna otra. ¡Con esto queda dicho todo sobre su valor práctico!

Reemplazar los trabajos escritos que se estilan actualmente en el primer examen, por trabajos en clausura, reportaría otra ventaja más: economía de tiempo, tanto para examinandos como para examinadores. Actualmente el plazo para confeccionar los trabajos escritos es de seis semanas, a las cuales se añaden otras cuatro para que los examinadores puedan revisarlos. Si se adoptaran los trabajos en clausura, creo que bastarían dos días. No estimo adecuado que el graduando sea mantenido en recinto cerrado todo el día, como se hace, según tengo entendido, en Oldemburgo. En Giessen, la clausura era de dos horas para cada trabajo, durante las cuales el examinando no podía abandonar el local. Por la mañana se le daban dos, terminados los cuales tenía un breve intervalo para orearse; y por la tarde, uno solo. El número de esos trabajos ascendía en Giessen a catorce, lo que estimo innecesario. A mi modo de ver, son suficientes seis: dos cuestiones de derecho romano, uno del derecho civil o mercantil alemán, uno sobre procedimiento civil, uno de derecho penal, y uno de derecho político o eclesiástico. El tiempo que necesitarían los examinadores para revisar esos trabajos se reduciría por lo menos a un tercio del que emplean actualmente.

Hasta aquí, sólo he considerado el primer examen, y resumo mis propuestas en la siguiente alternativa: o se suprime totalmente el actual examen escrito, que carece de todo valor, y se sustituye con un examen oral más prolongado, o se lo transforma en un examen bajo clausura, que es el único que ofrece la garantía que debe presentar cualquier examen.

También en lo que respecta al segundo examen, el de asesor (que habilita para el ejercicio de la profesión) soy partidario de que se suprima el trabajo teórico. Quizá esos trabajos ofrezcan a personas de aptitudes excepcionales la oportunidad de poner de manifiesto sus cualidades, pero la experiencia ha demostrado que no es un criterio seguro para determinar la madurez o inmadurez; es también la parte del examen que los graduandos consideran la más fácil mientras que los documentos procesales que se les dan para elaborar una minuta de sentencia es lo que más temen. A mi modo de ver, el trabajo teórico tiene sólo valor decorativo. Su finalidad es dar al examen una superficial capa de cientificidad. Con ello se quiere destacar que lo que interesa no es solamente la aptitud práctica del examinando, sino también su cultura científica. ¡Como si en una ciencia práctica la aplicación de los conocimientos no fuera el índice más seguro del saber, y como si el examen oral no diera oportunidad suficiente para explayarse en la teoría! En ambos exámenes el trabajo teórico es una pieza meramente decorativa sin verdadero sentido ni valor: se ha implantado y mantenido sólo por un falso temor al reproche de acientificidad, que, por otra parte, sólo puede provenir de boca de quienes sostienen que la verdadera ciencia es la teoría sin aplicación, y niegan a la teoría aplicada el nombre de científica. De la facilidad con que el graduando rinde prueba de su capacidad en ese aspecto y logra la correspondiente calificación, no parecen tener ni la más leve idea.

En lo demás, considero que el segundo examen que se practica en Prusia no deja nada que desear. Se pone en manos del examinando un expediente para que elabore una minuta de sentencia, dándosele a tal fin un plazo prolongado, y tres días antes del examen oral se le entrega otro expediente para que haga en ese examen un informe sobre el mismo. Son éstas dos instituciones que responden perfectamente a la finalidad de establecer la aptitud práctica y la capacidad de discernimiento jurídico del individuo, y el examen oral ofrece amplia oportunidad para constatar la amplitud, la consistencia y la seguridad de sus conocimientos teóricos.

No puedo, en cambio, dejar de señalar que el examen primero presenta, según mis experiencias, graves fallos. Como ya dije, he tenido ocasión de examinar a personas que habían aprobado ese examen, pero tan faltos de formación jurídica que ni siquiera eran capaces de distinguir los conceptos más elementales del derecho romano, como por ejemplo, la posesión y la propiedad. Huelga decir que un examen que pudieron aprobar tamaños ignorantes, tiene que obedecer a un pésimo sistema. ¿Cuál es la causa? ¿La excesiva benignidad de los examinadores? Aunque ocasionalmente puede tener algo que ver, el motivo fundamental está en la equivocada forma de examinar. En parte, esto se vincula con la poca habilidad y la inexperiencia de los examinadores —y sobre esto habré de volver—, en parte con el prejuicio de que en el primer examen, que es puramente teórico, deberían evitarse preguntas relativas a la aplicación de lo aprendido. El práctico nombrado

examinador cree cumplir con su deber dándole al examen un contenido en lo posible teórico. Hace así un papel artificioso, y él, que sería el examinador idóneo, se convierte en inidóneo, se mantiene a la presunta altura de lo abstracto, pide definiciones, clasificaciones, etc., en vez de llevar el examen a un terreno donde él mismo está en su elemento: en el de la aplicación de las reglas jurídicas.

A mi entender, el caso práctico no debería faltar ni en la etapa escrita ni en la etapa oral del primer examen. No habrá de ser, por supuesto, un caso difícil, sino uno fácil, que pueda y deba juzgar toda persona que haya estudiado derecho seriamente. Sólo quien sepa aplicar una regla a un caso dado, quien sepa distinguir *in concreto* las diferencias abstractas, revelará que verdaderamente ha asimilado el conocimiento. Todo lo demás es ilusorio e inútil. Todo lo abstracto que hay en el derecho sólo tiene por finalidad realizarse en el caso concreto y quien no sepa distinguirlo en su ropaje concreto y casuístico o no sepa aplicarlo a un simple hecho dado, demostrará que, en realidad, no lo ha comprendido.

A la resolución de uno o más casos prácticos debería añadirse, a mi juicio, la interpretación de un pasaje de las fuentes, y al hablar de fuentes no me refiero solamente al *Corpus Iuris,* sino igualmente al Código de Comercio, al Código Penal, o a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Resolver un caso práctico e interpretar una ley, esas son las dos tareas del jurista práctico, y a quien se inscriba para el ingreso en una carrera jurídica práctica, no deberá eximírsele de esas pruebas, como tampoco puede dispensarse al teólogo de redactar y pronunciar un sermón o al médico de dar prueba de su habilidad a la cabecera de un enfermo o en la mesa de anatomía. El trabajo teórico-docto corresponde hacerlo al futuro teórico, al docente libre, con ocasión de su *habilitación.* El futuro práctico tiene que demostrar que está tan a la altura de las tareas específicas de su profesión, como puede exigírsele a un principiante. Si con sus estudios teóricos no ha adquirido la capacidad para hacerlo, la culpa será suya o del sistema de estudios. Será del sistema, si éste no le ha dado la oportunidad para adquirirla, y, si así fuere, urge reformar ese estado de cosas en las distintas universidades. Pero la culpa será suya, si no ha aprovechado la oportunidad que se le ha brindado.

Habiendo así expuesto mis ideas sobre las reformas necesarias en el modo de examinar, paso ahora a ocuparme del segundo punto previsto: la composición de los tribunales examinadores.

Para ser franco, no aliento muchas esperanzas de que estas propuestas mías se acepten —preveo que fracasarán en el aspecto financiero— y por esa misma razón no estimo necesario exponerlas en detalle, sin contar que hay también otros motivos que me apremian a poner punto final a esta obra. Expondré sintéticamente esas propuestas, lo que permitirá controlar con más facilidad su acierto:

1. Todo el valor del examen depende de la idoneidad de los examinadores.

2. Esa idoneidad no se medirá solamente por la amplitud y solidez de sus conocimientos, sino también en grado muy considerable por su habilidad para tomar examen.

3. Examinar es un arte difícil y hasta quien tenga para ello aptitud natural, deberá aprenderlo con la práctica.

4. Sólo puede ser apto un examinador experimentado. Sólo él sabrá distinguir el verdadero saber de la apariencia de saber. Su experiencia le permite advertir de inmediato si una respuesta incorrecta es sólo un error de expresión o si el examinando no sabe el punto en cuestión. Da al alumno bien preparado la oportunidad de rectificarse, y pone crudamente al descubierto la ignorancia del que no lo está.

5. Por eso debe darse al examinador la posibilidad de perfeccionarse en su arte. La designación de un examinador temporal es dañosa, tanto para él, como para el graduando, como para la finalidad del examen.

6. La buena solución es nombrar examinadores permanentes.

7. Los examinadores deberán ser eximidos de otras tareas profesionales. El examinador debe tener tiempo para quedar al tanto de los progresos de la ciencia, y aún más: debe tener la posibilidad de dedicarse él mismo, por cuenta propia, a hondos estudios científicos.

8. Las autoridades examinadoras así constituidas son el eslabón entre la teoría y la práctica. Formados en la práctica y dotados de la experiencia y del sentido de lo concreto que sólo puede dar el ejercicio de la profesión, los miembros de estas comisiones están llamados, por el tiempo libre que se les concede para los estudios teóricos, a ejercer mediante su labor literaria un influjo sano y regenerador sobre la teoría. Como estarían en ambos aspectos a la altura de su misión, se convertirían, en el futuro, en las autoridades máximas en la dogmática del derecho. Frente a ellos, el dogmático puramente teórico pasaría en ese aspecto a segundo plano, a menos que compensara ese predominio con aptitudes excepcionales, y solamente en la historia del derecho el primer puesto en las universidades seguiría ocupado por el teórico.

Sé bien cuánta indignación suscitará esta profecía en los círculos de mis colegas. La osadía de haber planteado la posibilidad de que en el futuro figuren los prácticos en la primera línea de la ciencia dogmática, bastará para que se me acuse de renegado. Recojo sin contrición ese reproche y lo coloco junto con los demás que se me echarán en cara por haber escrito este libro. Para tranquilizar a los espíritus más aprensivos, añadiré que esa profecía no se cumplirá; por lo menos nosotros no viviremos para verla cumplida. El único vaticinio con perspectivas de cumplirse es éste: todo quedará como estaba.

Pero esa perspectiva no me arredrará de continuar desarrollando mis propuestas de reforma.

9. Junto con los miembros más antiguos, que deberán elegirse de entre los juristas prácticos más eminentes, y a quienes se deberá aumentar el sueldo y el rango para inducirlos a trocar su posición anterior por la de miembro de una comisión examinadora, deberá delegarse temporalmente para formar parte de las comisiones, en asesores y jueces más jóvenes que se hayan destacado por su saber y sus aptitudes. Si dan prueba de tener buenas condiciones, se les dará carácter de permanentes. De lo contrario, o si desearan volver a la práctica, podrán renunciar conservando su antigüedad. También a ellos debería ofrecérseles un sueldo más elevado y un rango correspondiente más alto. Ser examinador debe ser un título de distinción, un reconocimiento de dotes y energía excepcionales.

10. La posición intermedia que ocupan las comisiones examinadoras entre la teoría y la práctica ha de redundar en beneficio de ambas. El profesor universitario cansado de enseñar, que no se siente ya capaz ni con ganas de continuar ejerciendo su profesión para provecho propio o de otros, debe tener la posibilidad de trocar su puesto por el de examinador, lo que beneficiará tanto a él, como a la enseñanza. A la inversa, las facultades deberían tener la posibilidad de reclutar sus profesores de los cuerpos de las comisiones. Los miembros más jóvenes que hubiesen descollado por sus méritos literarios, serían los profesores natos de todas las ramas de la dogmática jurídica: derecho civil, derecho procesal civil, derecho penal. De ese modo se evitaría la falta de personalidades idóneas que tanto se hace sentir en lo que concierne a las cátedras de derecho. Incluso entre los médicos no es raro que un profesional de la práctica sea designado profesor universitario. ¿Por qué no habrían de hacerlo también los juristas? El más apto es el mejor. Quien no quiera que se prefiera a otros, que haga esfuerzos para llegar a ser primera figura. Y que el futuro profesor libre de las facultades de derecho sepa y tenga en cuenta que los asesores o jueces talentosos que integran las comisiones examinadoras y que se han distinguido en el campo de la literatura científica, son para él competidores peligrosos, a los que solamente podrá aventajar con producciones propias de verdadero valor. Las facultades que antepongan los intereses de la enseñanza a los intereses de los que enseñan, sólo podrían dar la bienvenida a esa competencia, y si fueran tan estrechas de miras o tan débiles que prefirieran un académico mediocre a un no académico de talento, la autoridad más alta tendría el suficiente discernimiento para hacer la elección justa.

11. El número de comisiones examinadoras encargadas del examen primero tendría que ser considerablemente reducido con respecto al número actual. Tal vez fuera aconsejable instituir una sola, lo suficientemente numerosa como para dividirse en secciones. La centralización en una sola sede tendría la ventaja de que, cambiando periódicamente la composición de las

secciones, se obtendría una uniformidad en los criterios de valoración que actualmente falta por completo. El primer examen se elevaría en ese aspecto a la altura del segundo.

Cierro así mis propuestas. Pero aún falta la palabra final, que es la misma que puse a la sección tercera de este libro: todo esto lo he soñado. Sin embargo, no lamento haber tenido estos sueños, porque —¡quién sabe!— a lo mejor terminan haciendo algún bien.

LOS OJOS DE LA RAZÓN VENDADOS POR UN LOCO

Ilustración que Alberto Durero (1471-1528) hizo para la edición de la obra de Sebastián Brandt (1458-1521) *La nave de los locos* (Das Narrenschiff) (1494).

A

Aberraciones. 62, 81, 100, 108, 233*n*, 246*n*, 253, 257, 273, 279
Ab intestato. 57, 58, 137, 143, 230, 252
Abogados. 62, 64, 65, 69, 93, 96, 97, 268, 282
— del Estado. 84
Abolición. 194, 287
Aborto. 45*n*
Absens (desaparecido). 94
Abstracción jurídica. 136, 248*n*, 272
Absurdo. 225, 243, 248*n*, 254, 258, 271, 272
Accesio. 68
Acción pignoraticia. 47
Acciones. 93, 134, 177, 195, 201, 219*n*, 228*n*, 251, 252, 254, 270, 272
Aciertos. 240*n*, 269, 274
Acilia, lex. 67
Acreedor anticresista. 79
Acreedores. 70, 75 a 78, 127, 130 a 132, 137, 140 a 143, 144*n*, 149, 153, 160 a 162, 175, 178, 205 a 209, 249, 254, 258, 270
Actio confessoria. 256
— *damni infecti*. 165
— *de arboribus caedendis*. 165
— *de dolo*. 255, 270
— *de glande legenda*. 165
— *de pauperie*. 68, 92, 165
— *de pecunia constituta*. 179
— *finium regundorum*. 257
— *furti*. 121, 130
— *in personam*. 254, 270*n*
— *in rem*. 254, 255
— *iniuriarum*. 201, 202, 241*n*
— *legis Aquiliae utilis*. Vid. *Aquilia, lex*.
— *nata*. 249*n*
— *negatoria*. 256*n*
— *noxalis*. 165
— *pauliana*. 270*n*
— *personalis*. 249*n*
— *pluviae arcendae*. 165
— *sacramento*. 74
— *spolii*. 245*n*, 278
Actiones adiectitiae qualitatis. 68
— *aedilitiae*. 92
Actos. 43, 53, 58, 69, 110, 125, 127, 224, 246
Acusaciones. 140, 187, 195
Ademptio fructus. 237
Adir. 43, 51, 93, 125 a 127, 129, 130, 132, 134, 137 a 139, 143
Administración. 110, 228, 230
— de justicia. 152, 163, 169, 171
Administrador de bienes. 94
Adopción. 68, 75
Adquisición. 119, 122, 123, 139, 239, 270
Aduanas. 261
Aes equestre. 166*n*
— *hordearium*. 166*n*
— *militare*. 166*n*
Aestimatio. 267
Ager desertus. 122, 123

* Incluye el centenar de voces y locuciones registradas en el índice temático de la decimotercera edición alemana, Leipzig, 1924.

Agnado. 58
Agua, prueba del. 185, 188, 191, 194
Agudeza. 101
Alumnos. 283 a 286
Alveus derelictus. 68, 122, 123
Amenazas.
Vid. Intimidación.
Análisis. 107, 119, 277
Anatocismo. 75
Anécdotas. 40, 61, 69, 73, 74, 84, 90, 101, 102, 104, 131*n*, 132, 135, 144, 149, 150, 157, 161, 168, 169, 207, 208
Animus domini. 81, 82
Anticresista.
Vid. Acreedor.
Antipapiniano. 67
Antiseuffert. 101, 102, 103, 109
Antítesis. 50, 195, 232, 273
Anulabilidad. 237, 250
Apelación. 188
Aperiundo concursu, decretum. 77
Aplicación de los conocimientos. 275, 278, 283, 284, 290
Apoderamiento·
Vid. Apropiación.
Aprendizaje. 63, 83, 110, 117, 125, 275
Apropiación. 125, 129, 137, 138, 144*n*, 156, 246*n*
Aptitud práctica. 289, 291
— didáctica. 109, 284
Aquilia, lex. 67, 198, 201
Aranceles. 166*n*, 173, 182, 184
Arbiter. 165, 166
Arbitrariedades. 163, 247, 253, 255
Arbitrium. 257
Arrendador. 92
Arrendamientos. 203
Arrendatario. 79, 82, 92, 199*n*
Asamblea de juristas. 132
Asesor, examen de. 289
Asesores. 80, 81, 292
Asociación de conceptos. 91
Asociación de socorros procesales. 167
Auctoritas. 94
Austria, gobierno de. 61, 121, 131*n*, 148
Auto interlocutorio. 81
— de prueba. 81
— de defensa legal. 228*n*
Autoridad. 50, 94, 145, 176, 195
Aversionem, per. 91

B

Basílicas, las. 62
Beatus possessor. 78
Bienes. 54, 124, 125, 128, 130, 131, 133, 136, 142, 205, 210, 272
— matrimoniales. 45
Bloss so. 131*n*
Bolsa (bursátil). 235, 238
Bona fides. 173, 177, 180, 236, 255
Bona paterna avitaque. 230
Bonis interdicere. 229
Bonorum emptor. 141
— *possessio.* 68, 143
— *venditio.* 201, 210
Bromas. 99, 103, 116

C

Calidades jurídicas. 258
Cámara de diputados. 220
Cámara Judicial del Imperio. 40
Cambial. 92
— propia=pagaré. 234*n*
Cánticos latinos. 143, 144
Capacidad jurídica. 54, 109, 289
— profesional. 284
Capacitas. 108
Capere bello. 120
Capital (dinero). 158
Capitalistas. 161, 203
Capitis deminutio. 67, 69, 236
Casos jurídicos. 92, 108, 275, 278, 283, 288
Castigos. 103, 133, 150, 153, 175, 186, 195, 196, 199, 201, 262*n*, 264
Casuística moral. 281
Casus iuris. 233
Cátedra, libertad de. 66, 109
Cátedras, creación de. 88
— ocupación de. 83, 104, 109, 110
Catedráticos. 117, 284, 292
Categorías de las cosas. 267
Causa capitalis. 184
Causa civil. 93
— *debendi.* 70
— enriquecimiento sin.
Vid. Enriquecimiento.
— *libertatis.* 161
Causante. 44, 51, 52, 54, 57
Cautio indiscreta. 70
Cautiones rei uxoriae. 210
Caza. 120, 122, 124, 205
Celtas. 182, 185
Cementerio histórico-jurídico. 236
Censo romano. 98, 158
Censor. 84, 204
Cerebrarium. 231

Cesiones. 258, 259
Cessio bonorum. 201
Ceterae res. 133
Cielo de los conceptos jurídicos. 215 a 236
Ciencia. 101, 105*n*, 222, 223, 238, 270, 271, 273, 277, 281
— jurídica. 276
Ciencias naturales. 89, 101, 284
Ciudadanía. 261*n*
— romana. 121
Civilista. 99
Civiliter. 131*n*
Civis romanus sum. 202
Clases sociales. 202, 203
— teóricas. 88
Clasificación. 107, 116, 275, 290
Clínica ambulatoria. 95
— jurídica. 83, 89 a 98
Coacción. 243*n*
Cobros. 175, 176, 184
Codex. 67
Codicilos. 92
Codicillorum de iure. 104
Codificación. 103
Código penal. 124
Códigos. 226, 243*n*, 290
Cogito ergo est. 232
— *ergo sum.* 232
Cognitor. 228*n*
Collegia privata. 84, 88
— *publica.* 83, 84
Comercio. 90, 94, 203, 207
— jurídico internacional. 177, 180
Comisionados. 96, 207
Commercium del causante. 54, 230
Commodatum.
Vid. Comodato.
Comodato. 90 a 92, 237
Compensación. 201, 207, 255
Comprador. 79, 90
Comunidad. 153 a 155
— de bienes matrimoniales. 45
Comunistas. 124
Concepciones empíricas. 55
Concepto del derecho· 75, 223
Conceptos. 216 a 219, 221, 235 a 246, 254, 259, 271, 289
— puros. 223, 256*n*, 260, 263
— jurídicos. 121, 129, 216, 230, 231, 235 a 250, 252, 255, 269, 270, 280
Concesiones. 110, 122, 134, 219
Concilios. 131*n*
Concursado.
Vid. Inculpado.
Condenas. 121, 161, 188, 257
Condiciones jurídicas. 263, 283
— políticas. 200
Condictio certae pecuniae. 179, 185
— *ex mutuo.* 70
Conducta moral. 168, 202
Congreso Alemán de Juristas, IV. 83
Conocimiento científico del derecho. 277
Conocimientos. 71, 96, 97, 137, 275, 283, 289, 291, 292
Consejeros. 40, 62, 96
Consentimiento. 94, 209, 223*n*
Consistorio. 229
Consorcio de acreedores. 209
Constituciones imperiales. 73
Constitutum (debiti proprii). 71
— *alienii).* 72
Construcción ideológica (jurídica). 41, 223
— civilística. 41 a 47, 249*n*
— jurídica. 223
Consuetudo scelestissima. 132*n*
Cónsul. 133
Contra naturam sui generis. 92
Contrabandistas. 261*n*
Contractus bonae fidei. 177
— *socidae.* 92
Contradicciones. 130, 252, 257, 283
Contraposición. 196, 255, 277
Contrarium iudicium. 179
Contratos. 71, 90, 91, 94, 177, 196*n*, 204, 223, 227, 237, 262*n*
Contravindicatio. 173
Conveniencia. 257, 270
Corpus Iuris. 41, 49, 62, 70, 101, 104, 108, 290
Cosa juzgada. 153
Costas procesales. 82, 167, 172, 190 a 192, 194, 196
Costumbres. 131*n*, 133, 144, 182*n*, 243*n*
Créditos. 76, 134, 143, 157, 161, 166, 171, 175, 177, 201, 206, 209, 210, 257 a 259
Cretio. 127
Crimen expilatae hereditatis. 139
Crimina. 195
Cristianismo. 57
Cristianos. 68, 185
Criterio jurídico. 285, 293

Crítica. 84, 104, 129, 234*n*, 268
Cuadro de la ciencia romanística alemana. 267
Cuasiposesión. 245 a 252, 270
Cucaña de problemas jurídicos. 222
Cuestiones dogmáticas. 110
— inútiles. 279
Cuestores. 184
Culpa lata. 93, 235
— *levis*. 236
Culpables. 69, 153
Culpas. 70, 109, 179, 189, 200, 236, 253
Culto de lo lógico. 263
— doméstico romano. 229, 230
Cum manu 210
Cura. 68
Curador. 94, 95
Curator absentis. 79
— *ventris nomine*. 45*n*
Curiosidades jurídicas. 149
Custodia. 228

CH

Chapucerías. 277

D

Damnationem. 153
Daños. 109, 119, 184
Deberes militares. 87*n*
Debiti proprii.
Vid. *Constitutum*.
Decadencia del pensamiento jurídico romano. 225
Decadencia religiosa. 230
Decenviros. 200, 210, 211
Decisiones. 179, 186, 192
Decretum de aperiundo concursu. 77
Dedicación exclusiva del teórico. 279
Deducción dialéctica. 225, 272
Definitiones. 275*n*
Deformaciones. 222, 223, 252 a 254, 269
Delincuentes. 94
Delitos. 92, 121, 165, 180, 195, 199, 253
Demanda de interdicto. 79
Demandado. 80, 81, 160, 161, 173, 178, 179, 187, 191 a 193, 257, 270*n*
Demandante. 70, 81, 156, 179, 187, 189, 192, 201
Demandas. 94
Denunciantes. 140, 142
Depósitos (garantías). 90, 151, 156, 158, 162, 168, 170, 175, 181, 184, 192
— de manuscritos. 109
Derecho, enseñanza del. 83 a 98, 123, 273, 274, 276, 277, 280 a 284, 286 a 293
Derecho, historia del. 67, 73, 103, 116, 117, 132*n*, 135, 196, 204, 217, 283
Derecho, perfeccionamiento del. 208, 252
Derecho a vivir. 45*n*, 260*n*
— anglosajón. 190, 261*n*, 262*n*
— antiguo romano. 178, 179, 190, 192, 195 a 204, 228*n*, 251, 256
— austríaco. 116, 246*n*
— cambiario. 92
— canónico. 255*n*, 279, 288
— civil. 58, 100, 142, 180, 283, 286, 288, 292
— comercial. 270, 279, 288
— común. 41, 42
— consuetudinario. 248*n*
— crediticio. 207
— de espolio. 131*n*
— de familia. 68, 238
— de guerra. 121
— de naufragio. 130, 132, 137
— de ocupación. 119, 125, 133
— de representación. 45*n*
— de pensar. 46
— del individuo. 50
— del vendedor. 268*n*
— de la personalidad. 238
— determinativo. 47
— escocés. 145
— federal. 100
— frisón. 185, 199
— germánico. 187*n*, 220, 228, 234*n*
— hannoveriano. 100
— judío. 196*n*
— natural. 88, 260 a 262
— obligacional. 238
— patrimonial. 234*n*
— penal. 66, 94, 99*n*, 195, 279, 288, 292
— político. 279, 288
— positivo. 56, 57, 117, 243*n*, 252, 253, 257, 261*n*, 270
— práctico. 103
— pretorial. 143*n*
— privado. 93, 94, 173*n*, 204, 261*n*, 279
— procesal civil. 99*n*, 279, 292
— relativo al cuerpo humano. 261
— romano. 39, 45, 50, 53, 54, 66 a 70, 72*n*,

100, 106 a 110, 116, 121, 122, 125, 127, 131, 135, 145, 154, 167, 190, 206, 209, 220, 226, 240*n*, 241*n*, 243*n*, 245, 247, 251, 264, 273, 275 a 281, 284, 285, 288
Derecho sucesorio romano. 50, 55, 57, 58, 127, 134, 137, 138, 161, 238, 252
— territorial de Karzenellenbogen. 39
— territorial prusiano. 39, 40, 100
— tutelar. 140
Derechos. 134, 157, 194, 217, 224, 238, 239, 248*n*, 249 a 251, 257, 272
— de la mujer. 40, 133
— reales. 238, 258, 267
— del soldado. 166*n*
Derogaciones. 133, 183, 243*n*
Desarrollo. 138, 153
— ulterior de la enseñanza del derecho. 83 a 98
Deslindamiento. 164
Desnaturalización. 136
Despojo. 81, 241
Detentor. 82, 241*n*
Deuda cambiaria. 153
— hipotecaria. 257
— pública. 45
Deudas. 68, 69, 71, 133, 134, 137, 138, 145, 153, 160, 163, 174, 178, 196, 197, 201
Deudores. 71, 75, 144, 161, 178, 205 a 208, 210, 224, 254, 258, 270
Devaluación. 178*n*
Dialéctica. 43, 50, 225, 244, 268, 279, 281
Dictamen oficial de facultad. 63, 243*n*, 245, 268, 279
Dieta de Worms. 79*n*
Digesto. 67
Diligens paterfamilias. 117
Dinamarca, gobierno de. 61
Dinero efectivo. 161, 175, 181 a 184, 209, 229
Dioses. 157, 185 a 189
Discrepancia (discordia). 96, 153, 237, 238, 243*n*
Disparates jurídicos. 100, 108, 287
Disposiciones. 139, 140
Doce Tablas, Ley de las. 73, 74, 132 a 134, 152, 154, 163, 165, 166, 168, 191, 195, 197 a 199, 201, 203, 205, 210, 227
Docendo discimus. 84, 274
Docentes de facultad. 83, 88, 91, 96, 108, 110, 116, 127, 262, 273, 283 a 293
Docentes libres. 104, 108, 110, 117, 220
Doctrina jurídica. 276
Documentos. 69, 71, 75, 92, 289
Dogma jurídico. 116, 121, 244*n*, 279, 281, 283, 288, 292
Dolus. 235, 236, 255, 270
Donación. 90, 204, 270*n*
Dote («dos»). 68*n*, 93, 210
Dotes jurídicas prácticas. 273*n*, 292
Duelo judicial. 185, 187*n*, 188
Dueños. 120, 122, 128, 144
Duumviri perduellionis. 188

E

Economía. 93, 101, 200, 203
Ecónomo. 78
Edad, mayores de. 67
— menores de. 94
Edicta praetoris nondum in usu habebantur. 135
Edictos. 74, 103, 141, 201, 202, 210, 275
Edictum de barbis. 262
Editores. 110
Ejercicios prácticos de derecho. 284 a 286
— teóricos de derecho. 289
Elementa. 275*n*
Emancipación. 68, 152, 210
Embargo. 92, 166
Empadronamiento. 98
Emperadores romanos. 74, 202
Emptio spei. 47
Encheiridia. 275*n*
Enfiteusis. 91, 237
Enigma histórico. 184
Enigmas civilísticos. 217
Enmiendas. 127, 138, 141, 152, 173
Enriquecimiento. 94
Enseñanza. 63, 84, 94, 95, 123
Enseñanza del derecho. *Vid*. Derecho, enseñanza.
Equilibrio conceptual. 90, 115, 194, 243*n*, 244*n*, 273
Erario público. 151, 152, 172*n*
Errores. 108, 128, 142*n*, 152, 159, 227, 228*n*, 240, 243*n*, 245, 270, 273, 278, 289
Escabinado. 63
Esclavos. 67, 154, 161,

195 a 197, 203, 206, 239*n*, 254
Escolásticos. 244, 267
Escribir para aclarar (*sich klar schreiben*). 274
Escuela histórica del derecho. 64, 74*n*
Escuelas del derecho. 274, 276, 280
Eslabón teoría - práctica. 291
Eslavos. 182, 185
Especificación. 91
Especulación filosófica. 50
— jurídica. 64
Espíritu. 39, 44, 50, 53, 55, 57, 58, 215, 234*n*, 238, 250, 259
Esponsales. 93
Esposas. 210
Esquema de prioridades. *Vid.* Preterición
Estado, el. 62, 123, 152, 171, 202, 203, 243*n*, 256, 262, 276
Esterilidad del derecho romano. 281
Estipulación. 178
Estudios de derecho, plan de. 83, 276, 291
Evolución histórica del derecho. 119, 151
Exámenes. 64 a 68, 83, 87*n*, 89, 96, 98, 218, 259, 284, 286, 288
— escritos. 285 a 288
— orales. 285 a 288
Examinadores. 65, 66, 83, 98, 132*n*, 286 a 292
Excepciones. *Vid.* Salvedades.
Exceptio kallabiana. 61
— *veritatis*. 69
Exégesis del derecho. 83, 101, 279, 281
Exegética. 87, 88
Expediente judicial. 285
Experiencias personales. 66, 82, 136, 283, 286, 287
Explotación económica. 163, 167, 169, 180, 195
Exposición de motivos. 86, 87
Extorsión. 203
Extranjero. 207, 208

F

Facticidad. 129
Falsarios. 104, 149
Falsedades. 103, 186, 186*n*, 193
Fallos (faltas). 225, 254
Fallos (sentencias). 101
Familia. 50, 51, 53, 54, 161
Familia defuncti. 54
— *emptor*. 228
Faustrecht (Derecho del más fuerte). 79*n*
Favorecer. 108
Fe en la teoría. 72
Fenómenos. 215, 223, 250
Fiadores. 72, 162, 201
Fianza. 68, 71, 72, 76, 78, 151, 153, 162, 192, 194, 208
Ficción. 121, 223, 234*n*
Fideicomisario. 270*n*
Fideicomiso. 68
Fideiussio. 72
Fiduciarius. 79, 228
Figura jurídica. 42
Filii familias milites. 122
Filosofía. 89, 216, 240
— del derecho. 57, 88, 103, 259, 262, 263
— griega. 117
— natural. 89
Finalidad. 126, 129, 145, 167, 178, 189, 190, 225, 234*n*, 241*n*, 242, 249*n*, 272, 273, 277, 278, 283, 286
Fiscales. 40
Fisco, el. 120
Formas de introducir mejoras en la jurisprudencia. 84
Formación científica del derecho romano. 276
— jurídica. 75 a 82, 97, 285, 286, 288, 289
— práctica del docente. 83
Formulación jurídica. 274, 275
Formulación petitoria, 228*n*
Formulario, sistema. 91, 171, 226, 243*n*, 247*n*, 272
Foro romano. 156, 205
— miembros del. 83
Franceses. 273*n*, 277
Frangere. 197
Fraude. 68
Fructus dupli. 179
— *licitatio*. 179
Frutos. 91, 127, 255
Fuego, prueba del. 185 a 188, 191, 194
Fuente del conocimiento. 118
— de enseñanza práctica. 63, 118
Fuentes del derecho. 49, 125, 161, 164, 181, 183, 190, 217 a 219, 227, 228*n*, 243*n*, 245*n*, 267, 268*n*, 271, 278, 279, 281, 290
Fuerza del jurista práctico. 275
Funcionarios públicos. 98, 262
Fundación (institución). 94
— de socorro. 121
Fundamentar. 70

Furiosus (loco). 93
Furtum. 125, 131, 133, 136 a 138, 144*n*, 165, 185

G

Gabinete jurídico. 91, 102
Gaceta judicial. 40
Gaii institutiones. 50
Garantías.
Vid. Fianza.
Gastos. 92, 127, 155, 208
Generatio aequivoca. 218
Gens (familia). 170
Germanistas. 220
Germanos. 127, 129, 130, 182, 185, 190, 199
Glosadores del derecho. 276
Gobierno. 202, 203
— de Austria. 61
— danés. 61
— de Prusia. 61
Golpe de Estado. 40
Grafomanía (manía de escribir).
Vid. Escribir.
Griegos. 182, 185, 204*n*, 275
Guerras. 120, 130, 176, 244*n*

H

Habitatio. 237
Hábitos (costumbres). 118, 271
Hechos. 238, 239, 250
Herederos. 53, 54, 57, 58, 125, 128, 130, 136 a 145, 179
Hereditas iacens. 44, 46, 51 a 54, 130, 217, 224
— *petitio*. 131, 173
Herencias. 43, 44, 51, 52, 58, 91, 93, 109, 123 a 145, 157, 228
«Herramientas del habla». 46
Hesse, electorado de. 39, 100
Hijos. 58, 108, 210
— *de perduelles*. 68
Himno de júbilo de los acreedores. 143, 149
Himnos latinos. 143
Hipoteca. 75, 76, 78, 90, 257, 258
Historia. 89, 117, 284
Historia de la literatura jurídica. 83, 87, 88, 117
Historia del derecho. 74, 101, 103, 142, 151, 157, 164, 233, 263, 282, 288, 291
Historia del Derecho, Academia de. 226, 230
Historia del derecho romano. 67, 73, 116 a 118, 132*n*, 135, 196, 204, 217
Historia jurídica. 117, 122, 126, 153, 245*n*, 283
Historia romana. 150, 156
Holandeses. 149
Hombres. 93, 200
— libres. 197
Homicidas. 94, 229
Homo sacer. 159, 160
Homunculus civilístico. 42
Honor. 201 a 203
Horca. 121
Horror vacui. 258
Huelga. 163
Humanitarismo. 174, 205
Hurtos. 121 a 123, 125, 165, 182*n*, 187*n*, 195

I

Idealismo filosófico. 232, 263
Ideas jurídicas. 246, 274
— prácticas. 283
Iglesia. 185, 186, 229
Igualdad. 98, 197
Impedimento. 101
Impensa. 255
Imperativos. 268
Imperio alemán. 65*n*
Imperio romano. 202, 204
Imposibilidad. 224
Imposiciones. 260*n*
Imprescripción. 272
Improbatio iudicii. 103
Impuestos indirectos. 141, 173
Impugnación. 103, 129, 134, 174
Incapacidad. 229
Incautación. 123, 124
Incompatibilidad. 217, 282
Inconvenientes. 282
Inculpado sin culpa. 201
Indemnización. 119, 198, 199
Independización. 152
Individuo. 216
Indoeuropeos. 120, 182, 183, 185
In dubio. 71
Indulgencia. 109, 140, 220
Industria alemana de lienzos. 105
Infamia. 67, 69, 202, 236
Infans. 93
Infantia. 93
— *maior*. 93
Informes. 81, 135, 145
Infortiatum. 67
Infracción. 260*n*
Ingleses. 101, 211, 276
Injurias. 69, 182, 197, 198, 200 a 203

Injusticias. 135, 141, 160, 179, 186, 192, 204
Iniustus possessor. 241*n*
Inmolación. 102
Inmuebles. 90, 122 a 125, 139
Innovaciones. 141, 271
In partes secanto. 199
— *secare.* 205, 211
Insolvencia. 201, 205
Institución aria. 182
Instituciones jurídicas. 89, 125 a 144, 150, 151, 155 a 157, 164, 166, 170, 176, 177, 182, 188, 191, 194, 199, 200, 210, 219, 240*n*, 241, 242, 245, 249*n*, 275
Instituto jurídico de enseñanza. 96, 274
Instituere, il. 274
Instituta. 67, 69, 73, 75, 91, 94, 126
Instruere, il. 274
Instrumentos.
Vid. Documentos
Insuficiencia. 186, 269
Insula in flumine nata. 68, 122, 123
— *in mari nata.* 122, 123
Intangibilidad de la herencia. 149
Inteligencia. 55, 59, 81, 101
Intención. 67, 142
Intercessio. 134
Interdicta adipiscendae possessionis. 219*n*, 220*n*, 249*n*
— *recuperandae possessionis.* 219*n*
— *retinendae possessionis.* 219*n*, 240*n*
Interdictio bonorum. 228 a 230
Interdictos. 79, 179, 246, 247, 248*n*, 249*n*, 251*n*
Interdictum quod legatorum. 131
Intereses (economía). 75, 90, 127, 158, 159, 166*n*, 170, 173, 194, 209, 229
Interpretación. 225, 288, 290
Interpretatio. 134
Intimidación. 205, 206, 209, 211
Intuición histórico-jurídica. 232
Invalidez. 195*n*, 196
Inválidos de guerra. 121
Investigación anatómica. 89
— científica. 282
— histórica. 269, 280
Investigaciones. 43, 55, 89, 90, 150, 193, 194, 204*n*, 225
Iranios. 182
Irresponsabilidad. 256
Italianos. 273*n*, 277, 282
Iudex. 165, 166
— *qui litem suam fecerit.* 93
Iudicis postulatio. 74
Iudicium calumniae. 179
— *communi dividundo.* 164
— *duplex.* 192
— *familae erciscundae.* 164
— *finium regundorum.* 164
— *triunvirum.* 173
Iura in re. 237, 257, 271
Iuramentum calumniae. 154, 179
Iure cessio. 117
— *codicillorum.* 117
Ius aelianum. 134
— *civile.* 73
— *flavium.* 132
— *gentium.* 73
— *liberorum.* 108 a 110
— *librorum.* 109, 110
— *manuarium.* 79
— *possessionis.* 45*n*
— *quiritium.* 228
— *respondendi.* 110
— *sacrum.* 139, 142
— *scribendi,* 110
— *spolii.* 131, 131*n*, 132*n*
— *tollendi.* 255
— *vocatio.* 117
Iustus possessor. 241*n*

J

Jesuitas. 281
Judíos. 68, 143, 261
Jueces. 40, 62, 69, 70, 78, 79, 93, 96, 97, 103, 119, 151, 164, 177, 182, 190, 199, 201, 243*n*, 248*n*, 249*n*, 257, 268, 282, 292
Juicio. 69, 81, 260*n*
Juicios de dios. 181 a 194
Jurado. 63, 93
Juramento. 92, 154, 181, 185 a 187, 193
Jurisconsultos. 100, 255, 258, 270
Jurisdicción. 182, 183
Jurisprudencia. 43, 64, 84, 89, 109, 152, 159, 163, 169, 171, 203, 219, 224*n*, 232, 233, 240, 241, 244*n* a 246*n*, 248*n*, 250, 252, 253, 258, 264, 271, 272, 276, 277, 280, 286
— de conceptos. 43*n*, 249, 267, 270, 272, 273, 279, 281, 282
— inglesa. 276
— práctica. 89
— romana. 275, 276
— superior. 41, 256*n*, 285

Juristas. 64, 67, 74, 82 a 94, 96, 97, 99, 102, 104, 106, 110, 129, 131*n*, 132 a 137, 150, 168, 169, 188, 195, 203, 218, 220, 225, 229, 231 a 233, 236, 237, 240, 243*n*, 244, 249, 250, 253, 254 a 257, 259, 271, 274, 281, 282, 290, 292
Jury inglés. 211
Justicia, la. 62, 98, 101, 102, 151, 153, 167, 175, 243*n*
Juzgados. 68, 70

K

Kriegen=conseguir. 120, 121

L

Laboratorio espirítico. 231
Labrar la tierra. 123
Ladrones. 94, 125*n*, 129, 130, 140, 187*n*, 196, 206, 207, 229
Legados. 68, 90, 127, 130, 133, 134, 153
Legalización de documentos. 92, 104
Legatarios. 127, 130
Legatum ususfructus. 237
Legis actio per condictionem. 164, 177, 178, 185
— *actio per iudicis portulationem*. 164 a 166, 180
— *actio per manus iniectionem*. 150, 153, 160, 166, 168, 171, 174, 175, 179, 190*n*
— *actio per pignoris capionem*. 164, 165, 180
— *actio sacramento*. 150, 152, 165, 168, 178, 179, 184, 185, 193, 194, 228*n*
— *actiones*. 150, 179
Legislación. 155, 171, 173*n*, 202, 209
Legisladores. 216, 243, 248*n*, 252, 253, 258, 271
Legitimación. 253
Legitimidad. 271
Lesión. 260*n*
Letras de cambio. 75, 92, 155
Lex Acilia. 67
— *Aquilia*. 67, 198, 201
— *Aelia Sentia*. 67
— *Aternia Tarpeia*. 154
— *Atilia*. 67
— *Atinia*. 67
— *Calpurnia*. 177, 178
— *Cincia*. 204
— *Cornelia «de iniuriis»*. 201, 204
— *damnata*. 50
— *Didia*. 204
— *Fabia*. 201
— *Falcidia*. 204
— *Fannia*. 204
— *ferenda*. 242
— *frisonum*. 185
— *Furia Caninia*. 67, 204
— *Furia testamentaria*. 133, 174
— *Iulia «de vi publica»*. 201, 204
— *lata*. 242
— *Licinia*. 204
— *Marcia*. 174, 175
— *O. J.* 152*n*
— *Oppia*. 204
— *Orchia*. 204
— *Papiria*. 151, 170, 174
— *Pesulania «de cane»*. 50
— *Scribonia*. 251*n*
— *Silia*. 177, 178, 180
— *V. S.* 109
— *Vallia*. 174, 175, 178, 181
— *Voconia*. 204
Ley, la. 98, 124, 129, 130, 133, 139, 140, 150, 154, 180, 197, 199, 202, 242, 243*n*, 249*n*, 268, 272
— de enjuiciamiento civil. 290
— del Imperio. 132*n*
Leyes romanas. 156, 159, 205, 206, 275
Liberalidad. 204
Liberi. 108, 109
Libertad. 46, 50, 54, 161, 195, 201, 202, 263, 272
— de aprender. 83
— de cátedra. 66, 109
— de enseñanza. 83
— de expresión. 71
— de pensamiento. 46
— patrimonial. 51, 52
— universitaria. 87*n*, 88
Libertos. 203
Libri regularum. 275*n*
— *terribiles*. 67
Libripens. 153
Literatura. 148
— jurídica. 99, 100 104, 107, 233, 281
Litigios. 76, 82, 150, 151, 154, 155, 161, 162, 172, 182, 192, 194, 244*n*, 248*n*, 283
Litis. 90
— *contestatio*. 70, 94
Lógica. 218, 222, 223, 232, 244, 252, 255, 257 a 259, 267, 268, 273, 281, 283
Luere in corpore. 182, 184

M

Magister. 141
Magistrados. 163, 168, 188, 199, 234*n*
Maior. 93
Mala fidei. 255, 270*n*
Maldición. 104, 106, 269
Malhechores. 159, 160
Malicia. 167, 169, 235, 256
Mancipatio. 117, 204
Mancipium. 196, 196*n*, 200
Mandatarius. 79
Mandato. 224, 258
Mandatum qualificatum. 72
Manumisión de esclavos. 67
Manus. 133
— *iniectio*. 74
Manuscritos. 110
Mañas del derecho romano. 135
Máquinas jurídicas. 223, 227
Marasmus senilis. 108
Matemática del derecho. 232, 269
Matrimonio. 45, 75, 117, 136, 210
Medicina. 284
Médicos. 82, 95, 101, 282, 285, 290, 292
Medidas de policía. 154
— sociales. 171
Medios artificiales. 116
Mejoras en jurisprudencia. 84, 86
Membrum ruptum. 197, 201, 211
Menor de edad. 94
Mensuram, per. 91
Mérito científico. 107
Meta jurídica. 43*n*
Método histórico-crítico. 128
— propio. 117
— jurídico. 150, 267, 277, 280
Miembros de la carrera judicial. 83
— del foro. 83
Miles (militar). 93
Ministros de justicia. 98, 287
Minor. 93
Minutas. 78, 79, 81, 289
Misión del derecho. 154
Missio in rem. 270*n*
— *ventris nomine*. 93
Monopolio de la Universidad estatal. 84
Mons idealis. 231, 232
Mora. 236
Mos solitus mensura. 190
Motivos. 104, 159, 170, 242, 268, 279
Muebles. 122, 123, 251
Mujeres. 40, 45, 69, 93, 133, 160, 179, 200, 230, 261*n*
Multas. 128, 133, 154, 155, 165, 176, 182, 184, 190, 196, 201
«Munchhausen civilístico». 45
Museo jurídico. 91
Mutuo (contrato). 70, 237, 249, 253
Mutuo, conditio ex. 70

N

Nancisci. 120
Nasciturus. 45, 46, 93
Naturaleza, la. 262
Naturalista, período. 89
Naturaliter. 131*n*
Naufragio, derecho de. 130
Negligencia. 94, 243*n*, 249*n*
Negocios. 93, 206
Negotiorum gestor. 79
Nexum. 50, 153, 177
Nomina arcaria. 143*n*
Noli me tangere. 199
Non dominium. 123
— *usus*. 117, 247 a 250, 253
Norma jurídica. 95, 154, 167, 197, 242, 243, 247, 252, 255, 258, 262, 268, 271
Normas romanas. 270, 271
Nota censoria. 202
— infamante. 201
Notarios. 69
Novela jurídica. 88
Nueva forma literaria. 116
Nulidad. 237
Nulla actio sine aere. 162
— *sine lege*. 150, 162

O

Obediencia a la ley absurda. 243
Objeciones. 167, 271
Ocupación de objetos sin heredero. 129
Obligación correal. 42, 148, 217, 221, 237
Obligaciones. 42, 43, 46, 47, 53, 68, 71, 91, 94, 171, 177, 180, 200, 224, 234*n*, 237, 258, 259, 270
Obligatio. 236, 249
Ocupación. 119, 120, 122 a 124, 129, 136, 141, 145, 253
Occupare. 125*n*
Occupatio bellica. 120, 122, 124
Operae animalium. 237.
Operis novi nunciatio. 256
Opiniones. 101, 107, 120,

127, 129, 137, 142, 143, 145, 151, 158, 170, 171, 180, 188, 190, 193, 245, 260, 261*n*, 264, 268, 272, 279, 283, 287
Oposición. 248*n*, 271
Ordenamiento jurídico. 270
Órdenes. 103
— de embargo. 92
Os fractum. 184, 191, 195, 197, 199 a 201
Otium cum dignitate. 237

P

Pactos. 116, 199
Pagaré.
Vid. Cambial propia.
«Pajarotas jurídicas». 116
Palestra. 221, 273
Pandectas, las. 41, 49, 66 a 68, 73, 75, 90, 92, 104, 121, 122, 124, 127, 132*n*, 141*n*, 142*n*, 166, 217, 219, 268, 283
Paraíso jurídico. 219
Parcialidad. 175, 199
Parlamentario burgués. 86*n*
Parlamento alemán. 110, 220
Paterfamilias, diligens. 93
Paternidad, acción de. 93
«Pato de Oro, El». Sociedad Jurídica. Viena. 115, 116, 127, 148
Patria potestad. 239*n*
Patricios romanos. 150, 156, 162, 163, 169, 174, 175, 180
Patrimonio. 44, 51, 57, 76, 132, 272
Peculio. 68*n*
Peculium castrense. 122
Peligros. 155, 189, 196, 200, 272, 281
Pena corporal. 210
— pecuniaria. 150, 161, 165, 168
Penalistas. 220
Penas procesales. 154, 160, 167, 171, 175, 177 a 180, 184, 186*n*, 201, 243*n*
Pensamientos. 100, 116, 215, 218, 224, 232, 262, 263, 272, 281
Pérdida de derecho. 125
— de herencia. 128
— de valor. 122, 124
Peregrinos (forasteros). 121, 170*n*, 171, 228*n*
Peritos. 93
Perjuicios. 105, 245, 247
Perjurio. 186, 229
Permuta. 90
Perpetuum mobile. 250
Persona, la. 196 a 204, 210
— jurídica.
Vid. Sujeto jurídico.
Persona turpis. 93
Personalidad. 43, 44, 46, 50, 54, 241*n*
— incompleta. 94
Pertenencias. 91
Peso agobiante de la jurisprudencia. 115
Petitorium. 220*n*
Pignorar.
Vid. Prenda.
Pignoris capio. 74
Planes de estudio del derecho. 87 a 98, 285
Plazos. 125, 127, 128, 133, 142, 144, 145, 171, 252
Plebeyos romanos. 150, 156, 162, 163, 168, 170, 174, 175, 180
Pleito.
Vid. Litigio.
Pluspetitio. 180
Pobres. 149, 156, 157 a 181, 195 a 204, 210
«Polícrates, El anillo de». 78*n*
Pons sublicius. 151, 156
Pontífices. 127, 133, 134, 137, 139 a 142, 151, 152, 156, 157, 162, 163, 166, 169, 171 a 173, 181 a 183, 187*n*, 194, 229, 230
Poseedor. 255, 271
Posesión. 78 a 81, 125, 128, 131, 133, 134, 145, 217, 219, 225, 238, 239, 241, 245, 247*n*, 248 a 252, 254, 255, 270*n*, 271, 272, 278, 289
Posglosadores del derecho. 276, 277, 279
Possessio impropia. 241*n*
Possessor. 82
Possessorium ordinarium. 81, 220*n*
Potioris nominatio. 140
Práctica forense. 68, 78
Práctica jurídica. 90, 122, 159, 173, 240*n*, 244*n*, 245*n*, 271, 273 a 275
Prácticos del derecho. 62, 65, 87, 97, 101, 103, 157, 176, 211, 219, 231, 232, 243, 252, 258, 259, 268, 269, 275, 277, 279, 282, 283, 289
Precarium. 237
Praedes. 50, 151, 172
Praescriptio dormiens. 250
Praetor peregrinus. 170, 171, 180, 210, 228*n*
— *urbanus.* 170
Precarium. 217
Predios. 91, 123, 249
Praedium rusticum. 90
— *urbanum.* 90
Prenda. 47, 90, 141, 217, 224, 236, 254, 257, 271
Prescripción. 139, 171, 246*n*, 249, 254

Prestaciones. 267
Préstamos. 69 a 71, 75, 77, 157, 175
Pretensiones. 157, 166, 179, 246
Preterición. 58, 76, 77
Pretores. 128, 131, 133, 135, 141, 143*n*, 152, 156, 172, 179, 201, 210, 229, 230, 234*n*, 240
Prioridad.
Vid. Preterición.
Privilegios. 40, 76
Problemas. 153, 222, 232, 277, 280
Procedimiento antiguo. 179, 183, 188
Procedimiento civil. 76, 288
— formulario.
Vid. Formulario.
Procesalista. 99
Proceso civil. 140, 149 a 151, 154, 160, 195, 200, 205
— educativo. 275
— formulario. 79, 92, 151, 175, 178 a 180, 185
— jurídico. 45, 69, 77, 93, 140, 183, 184, 192, 193
— penal. 93
Procesos. 154, 155, 159, 161, 162, 164, 167, 169, 170, 173 a 175, 180, 186, 188, 190*n*, 200, 204
Procuradores. 155, 228
Pródigos. 230
Profesores.
Vid. Docentes.
Programas científicos. 115
— de trabajo, 279
Prohibiciones. 103, 262
Propiedad. 46, 47, 68, 70, 91, 120, 122, 123, 125, 130, 180, 195, 204, 210, 225, 236, 238, 251*n*, 253, 254, 257, 270, 289
Propietario. 128, 199*n*, 228, 246*n*, 253, 255
Propuestas. 86 a 88, 97, 134, 135, 208, 286, 290 a 293
Protección de la herencia. 137, 141
Provecho. 106, 141, 269, 281
Provocare. 188
Proximus agnatus. 58
Proyecto de ley. 133
Pruebas. 70, 81, 91, 140, 142, 145, 164, 179, 182*n*, 185, 193, 257, 262, 273, 283, 288
Puber. 93
Pubertati proximus. 93
Publicación demorada. 109
Pupilos. 140, 179

Q

Quasiususfructus. 257
Quirites. 210, 228

R

Racionalismo. 128
Ratio philosophica. 239*n*, 240
— histórica. 242
— *iuris.* 243
— *legis.* 127, 239*n*, 240, 241
— legislativa. 242
Ratonera jurídica. 144, 149
Raza de los juristas, mejoramiento de la. 86
Razonamiento. 260, 262, 284
Recepción de la herencia. 127, 134
Reciprocidad. 98
Reclamaciones. 137
Recuperandae possessionis. 219*n*
Recursos. 81
— faltos de. 167
Réditos, impuestos a los. 173
Reforma de la enseñanza del derecho. 286 a 293
Reformas. 62, 86, 170, 172, 176, 180, 244*n*, 290
Refutaciones. 129, 181, 283
Registro domiciliario. 144*n*
Regla tradicional. 104
Reglas y definiciones breves. 276
Regulación legislativa. 110
Reiteración. 272
Reivindicaciones. 79, 228*n*, 253
Reivindicatio. 253, 254, 270
Relación entre teoría y práctica jurídica. 63, 276
— jurídica. 75, 90, 91, 239
Religión. 91, 151, 152, 166, 168, 181, 194, 229
Remedios. 85, 89, 282, 285 a 292
Renacimiento del derecho romano. 276, 277
Rentas. 173
Reparto de herencia. 164 a 166
Reposición. 100

Representación directa. 224, 225
Representante procesal. 45*n*
— del título. *Vid.* Título.
República romana. 74, 173, 175, 202, 274
Repudio. 58, 148
Rerum hereditarium furtum non fuit. 123
Res extra commercium. 241*n*
— *incorporales.* 133
— *mancipi.* 158
— *nullius.* 122, 123, 130
— *publica.* 91
— *religiosae.* 91
Resarcimiento. 267
Responsa iuris. 110
Responsabilidad. 97, 137, 141
Restitución. 125, 254, 255, 257
Restitutio propter absentiam. 135
Restricciones. 110
Retractación. 268*n*
Revalorización del derecho. 276
Revisión. 97, 98, 244*n*, 273
Revistas jurídicas. 80
Revocación. 110
Ricos. 149 a 181, 195, 204
Rigor del derecho antiguo. 196
Risa. 101, 116
Robo. 196
Romanistas. 104, 111, 116, 121, 127, 216, 218, 220, 221, 243*n*, 245*n*, 256*n*, 257, 267, 269, 277, 279, 280, 283, 284
Romanos, los. 137, 163, 182, 191, 194, 200, 203, 204, 209, 224, 228*n*, 229, 234*n*, 252, 255, 257, 271, 281, 282
Rumpere, significado de. 197
Rusos. 121
Rusticus (campesino). 93

S

Sacerdad. Vid· *Crimina.*
Sacerdotes. 187*n*, 190, 191
Sacra o *sacramentum.* 126, 127, 133, 137 a 142, 150, 155 a 159, 169, 170 a 174, 176, 181 a 193, 230
«Salmo sucesorio». 144
Salón de los conceptos. 230, 235, 253
Salmann o fiduciario. 228
Salvedades. 225
Sastres. 95
Secessio in montem sacrum. 163
Secuelas prácticas. 220
Secuestro de correspondencia. 61*n*
— de manuscritos jurídicos. 109
Secularización. 152
Seguridad de conocimientos. 275, 283
Seguro marítimo. 203
Senadoconsultos. 73, 74, 93
Sentencias. 77, 80, 81, 102, 174, 178, 184, 186, 188, 192, 248*n*, 289
Servicio militar. 261*n*
— público. 62
Servidumbres. 47, 90, 91, 237, 243, 246, 248 a 250, 269, 270
— prediales. 243*n*, 247, 251*n*, 258
Servitus luminum. 50, 67, 69
Servus publicus. 251
Sich klar schreiben (escribir para aclarar). 274
Siervos. 196, 197
Simbolismo. 252
Sínodos. 131*n*
Si quis aliquem testari coegerit vel prohibuerit... 104
Sistemas de estudios jurídicos. 86 a 96, 282 a 285
Sistematización. 116, 276
Sociedad Jurídica de Berlín. 100
Sociedad Jurídica «El Pato de Oro», Viena. 115
Soldado
— derecho del. 166*n*
— sueño del. 262*n*
— uniforme del. 261
Solución de problemas de enseñanza. 291, 292
— de problemas jurídicos. 286
Spatium deliberandi. 128
Specificatio. 68
Sponsio dimidiae partis. 179
— *penal.* 179
— *praeiudicialis.* 151, 228*n*
— *tertiae partis.* 179
Stipulatio y *restipulatio.* 178
Subasta. 209, 210
Sub hypotheca omnium bonorum. 75
Subjetividad. 216
Substantia medullaris. 231
Substracción. 142
Successio graduum et ordinum. 58

Sucesión hereditaria. 51
Sucesiones. 44, 51, 53, 54, 58, 68, 91, 132, 137
Sujeto jurídico. 45*n*, 46, 53, 57, 91, 92, 94, 249
Summarissimum. 81, 245*n*, 278
Summum ius, summa iniuria. 197
Sustitución de ejercicios teóricos. 287, 288
— del depósito. 170
Sustracciones. 67
Suus. 58

T

Taimados, viejos juristas romanos. 135
Tacita voluntas. 59
Talión. 198, 199, 211
Talmud. 281
Tareas profesionales de los examinadores. 291
Tarifas.
Vid. Aranceles.
Tasaciones. 172, 208, 209
Técnica jurídica. 43*n*, 170
Temas jurídicos. 116, 117
Tempus ad deliberandum. 128
Tendencias jurídicas. 277
Teniente (poseedor). 94
Teoría de las cosas. 267, 273
— de la posesión. 241*n*
— del derecho. 43*n*, 50, 52, 71, 75, 77, 103, 244, 249*n*, 253, 269, 274, 277, 278
Teóricos del derecho. 41, 59, 62, 63, 65, 72, 87, 101, 157, 217, 218, 231, 237, 244, 256, 263, 274, 282
Terminología jurídica. 188, 192, 194, 196*n*
Terratenientes. 78
Tesis doctorales. 181
Tesoros. 120, 124, 253
Testador. 127, 138*n*
Testamento romano «*per mancipationem*». 55, 108, 227
Testamentos. 57, 68, 92, 93, 130, 139
Testari. 58
Testiculi. 58
Testigos. 69, 92, 153, 156, 187
Testimonios. 160, 163
Testimonium paupertatis. 276
Textos jurídicos romanos. 226
Thesaurus. 68, 254
Tignum junctum. 256
Título al portador (documento). 45, 234*n*, 259
— jurídico. 79, 234*n*
— de obras. 119
— «*pro herede*». 125
Tolerancia. 247, 252, 255, 256, 283
Topes a las liberalidades. 204
Tramitaciones. 69, 132
Trampantojo procesal civil. 149, 205 a 211
Transición. 216
— de hecho a derecho. 239*n*
Transmisión. 258, 259
Transmisiones. 70, 254
Tratados. 104
Tribunal de apelación. 40, 62, 94, 103
— examinador. 64, 65, 290, 291
— Imperial en Roma. 84
— de jurados. 203
— sacerdotal. 142
— Superior de Apelaciones de Lübeck. 132*n*
— Superior de Apelaciones de Rostock. 94
— de Seuffert. 101
— Supremo. 63
Tribunales. 103, 140, 150, 154, 162, 167, 169, 176, 203, 207, 229, 234*n*, 284
Tribuno de la plebe. 132*n*, 134, 170, 171, 174, 178, 180, 206
Tributos. 171, 203
Trienio de estudios universitarios. 87
Triumviri capitales. 151, 170, 172, 173, 184, 188, 194
Trueques. 230
Turcos. 121
Turpitudo. 202
Tutela. 68, 74*n*, 80, 140, 170, 202, 239*n*, 240 a 242, 245, 246*n*, 247, 249*n*, 251*n*, 262*n*
— posesoria. 240
Tutor. 94, 140

U

Ulpiani fragmenta. 50
Ultrajes. 132
Umbilicus Digestorum. 67
Unificación teórico-práctica del derecho. 282 a 286
Uniformidad de criterios de valoración. 283
Unilateralismo teórico. 283, 284
Universidades. 64, 67, 69, 83, 84, 91, 104, 109, 110, 117, 125, 243*n*, 283 a 287, 290, 291

Universitas rerum distantium. 92
Unus casus. 69
Usucapiente. 139, 144*n*
Usucapio lucrativa. 138
— *luctuosa.* 138
— *pro creditore.* 141
— *pro herede.* 125, 127, 129
— *pro herede lucrativa.* 124 a 128, 132 a 145, 149, 199, 287
Usucapión. 125 a 144, 240, 248 a 250, 251*n*, 254
Usufructo. 92, 106, 251*n*, 270, 271
Usureros. 69, 161, 205
Usurpación. 123
Usus. 237, 257
Uti. 245, 246, 249*n*, 257
Utilidad («utilitas»). 153, 243, 244, 252, 254, 256, 257, 284

V

Vadimonium. 50
Validez. 243, 258, 270
Valoraciones (estimaciones). 59, 71, 98, 122, 134, 154, 163, 173, 178, 190, 191, 200, 201, 203, 204, 219, 243*n*, 254, 255, 260*n*, 293
Vecinos. 130
Vendedor. 92, 268*n*
Venganza. 187, 205
Venta en el extranjero. 207, 208
Ventajas. 161, 163, 166, 175
Ventas. 196*n*, 206 a 209, 228
Venter. 93
Veracidad. 186, 187, 193, 242, 243
Verdades jurídicas. 262
— lógicas. 271
Veredictos. 248*n*
Vi publica. 201
Viajes de las ciencias. 89
Vicios.
Vid. Deformaciones.
Vida práctica. 64, 65, 94, 263, 277, 280, 283
Vindex. 153, 160 a 162, 168, 174, 175
Vindicatio. 173
Violación. 199 a 201, 261*n*
Violencia. 203
Virtud. 102
Vistas de aduanas. 261*n*
Vocación. 84, 275, 284
Volcanes. 233, 234*n*
Volumina autem eorum omnimodo corrumpentur. 106
Voluntad subjetiva. 57, 59, 71, 72, 117, 215, 223*n*, 232
Voluntas tacita. 58
Voto popular. 134, 203

A

Acron. 182*n*
Agerio, Aulo.
Vid. Gelio, Aulo.
Alas. 14
Alguer. 13
Apio Claudio, el Ciego. 132 a 137, 163, 200
Aristóteles. 22, 108
Arndts. 72*n*, 111, 180, 219, 238*n*
Asher. 107
Augusto. 108
Aulo Agerio.
Vid. Gelio, Aulo.
Aulo Egidio.
Vid. Egidio, Aulo.
Antonio (nombre). 67
Asmannhausen. 107
Aufidio, Tito. 210

B

Bacon. 21, 22
Bachofen. 47*n*
Bähr. 71
Baldo. 277
Bartolo. 277
Bauer. 67*n*
Bayardo. 62
Beethoven. 77
Bekker. 45*n*, 80, 111, 240*n*, 241*n*, 242*n*
Bell-Lancaster. 98
Bethmann-Hollweg. 172*n*, 178*n*
Bismarck. 65*n*, 100, 128, 220
Bluhme. 127
Böcking. 45*n*, 111
Borghesi. 176
Boswell. 145
Brackenhöft. 99
Bremer. 276*n*
Brinz. 111
Bruns. 111, 149, 240*n*, 241*n*, 278, 287
Büchell. 111
Buchholz. 105
Burian. 115*n*

C

Caius Aelius Sextus. 134*n*
Calpurnio. 180
Capitón. 73, 274
Catón. 134
Celso. 135
César, Julio. 251
Cicerón. 128, 139, 141
Claudio, emperador. 84
«Clauren» (Seud.). 99
Clemente de Alejandría. 55, 101
Constantino, duque. 244*n*
Coruncanio. 73, 139, 152, 171
Cramer. 40
Cuvier. 108
Cuyacio. 106, 107, 277

CH

Christiansen. 215*n*

D

Dánae. 74
Danz. 111, 170*n*, 172*n*
Dernburg. 111, 126*n*
Descartes. 18, 21, 22
Detmold. 86*n*

* Cuando los nombres corresponden a autores de obras mencionadas por Jhering, el lector encontrará los títulos de ellas en las páginas a las que este índice remite.

Diablo cojuelo, el. 41
Diana de Efeso. 108
Dión Casio. 84, 88
Dionisio. 159*n*
Domicio Afer. 84
Donello. 106

E

Egidio, Aulo. 69
Elio. 73
Elvers. 47*n*
Escévola. 50
Espurio Postumio. 210
Eugenio, príncipe. 121

F

Faleria. 207
Fein. 104
Felipe II, rey. 46
Festo. 128, 151, 160*n*, 170, 173, 176, 183, 198*n*, 227
Fichte. 18, 22, 23
Fidenes (Fidenas). 207
Fitting. 42*n*, 111
Flavio, Gneo. 132*n*, 135, 171
Francke. 111
Friedberg. 131*n*, 132*n*
Fritz. 111
Furios, los. 174

G

Galileo. 22
Galvano. 106
Gans. 50, 53, 55
Gayo. 47, 49, 62, 120, 121, 125, 126, 129, 135*n*, 136 a 138, 141, 143*n*, 150 a 152, 154*n*, 161, 164, 165*n*, 166*n*, 174, 175, 178 a 180, 183, 186*n*, 188, 195, 196*n*, 198*n*, 227, 228, 229, 281
Gelio, Aulo. 151, 165*n*, 199
Gerber. 41*n*, 80
Girtanner. 47*n*, 72*n*
Glück. 104, 142*n*
Gneist. 111
Gneo Flavio.
Vid. Flavio, Gneo.
Goethe. 81, 264
Gorgona. 160*n*
Grünhut. 261
Guyet. 42*n*

H

Habermaier. 81, 82
Hamlet. 159*n*
Hauff. 99
Haydn. 124
Hebbel. 124
Heffter. 166
Hegel. 16, 18, 22, 50, 260
Helmolt. 42*n*
Hércules. 182
Heródoto. 163
Heyse. 132*n*
Hiersemenzel. 61*n*
Hobbes. 22
Hoffmann. 54
Holzschuher. 105*n*
Hugo. 22, 67*n*
Hühnerfuss. 81
Huschke. 50, 52, 53, 55, 151*n*, 158, 159, 170*n*, 172*n*, 186*n*, 227*n*

I

Inocencio III, Papa. 131*n*
Itzig. 77

J

Jerónimo, san. 127
Jhering. 13, 16, 18, 22 a 24, 26, 111
Johanny. 115*n*
Julio Gálico. 84
Justiniano. 18, 67, 73, 103, 104, 106, 123, 175, 180, 249*n*, 255*n*

K

Kalisch. 69*n*
Kant. 19, 21, 22, 24, 215
Keller. 172*n*
Kierulff. 47*n*, 250*n*
Kohlmeier. 81
Köppen. 111
Krägi. 182*n*, 189*n*, 190*n*
Kroll. 49
Krüger. 206*n*
Kuntze. 42*n*, 111, 233*n*

L

Labeón. 73, 274
Lange. 172*n*
Lassalle. 54, 55, 58, 59, 61*n*, 62
Leist. 111, 142*n*, 166*n*
Lenel. 228*n*
Leteo. 219
Liebig. 108
Livio. 128, 133*n*, 188
Löhr. 68*n*
Lucrecia. 200

M

Macrobio. 84, 88. 201*n*
Maguncia. 83, 85, 86
Mansio. 49
Marcios, los. 175
Marquardt. 176*n*

Masurio Sabino.
Vid. Sabino, Masurio.
Maximiliano I. 79*n*
Medardo. 54, 56
Medusa. 160*n*
Metternich. 148
Mevio. 49, 90, 228
Mommsen. 129. 172*n*, 175*n*
Montesquieu. 21, 22, 39
Morstadt. 132*n*
Mozart. 77
Mühlenbruch. 104
Müller. 111
Muriel. 22
Muther. 45*n*, 80, 111

N

Napoleón III. 40
Natán. 157
Negidio, Numerio. 69
Neuner. 111
Newton. 22
Nicolás I de Rusia. 244*n*
Niebuhr. 127, 128
Nontio. 198*n*
Numerio Negidio.
Vid. Negidio, Numerio.

O

Olimpo. 233, 234*n*
Orco, El. 127
Ovidio. 201*n*

P

Pagenstecher. 111
Pando y Gómez. 14
Panzini. 195*n*
Papa, el. 131
Papirio. 134, 172, 176 a 178, 180
Paterculo, Veleyo. 93, 185
Paulo. 49, 73, 160*n*, 201*n*, 228, 230*n*
Pegaso. 81, 243
Pérez, Blas. 13
Peto, Sexto Aelio. 134
Piepmeier. 86
Pitágoras. 44, 102
Plinio. 176, 204
Porcia. 101
Posa, marqués de, 46
Posada. 13, 14, 20, 21
Príncipe y Satorres. 14
Prometeo. 42
Proteo. 239
Psicóforo. 216
Puchta. 18, 43, 44, 47*n*, 49, 70, 72*n*, 81, 99, 104, 172*n*, 206*n*, 219, 238*n*, 247*n*, 248*n*, 251*n*, 255*n*, 267, 278*n*
Punschart. 173*n*, 178*n*
Puttkamer. 127

Q

Quintiliano. 128

R

Randa. 246*n*, 248*n*
Regelsberger. 111
Riaza. 13, 14
Ribbentropp. 111
Röder. 45*n*, 260*n*, 261*n*
Rodríguez, Leonardo. 14
Rolando. 62
Römer. 111
Rosshirt. 99
Rousseau. 16, 24
Rudorff. 45*n*, 74*n*, 111, 172*n*, 195*n*, 197, 201*n*

S

Sabino, Masurio. 275*n*
Samhaber. 42*n*, 111
Sanchuniathon. 149
Sanio. 111
Sausewind. 75
Savigny. 13, 14, 16 a 18, 20, 78, 80, 81, 99, 101, 104, 141, 219, 238, 239*n*, 240*n*, 241, 245*n* a 249*n*, 251*n*, 278, 281
Schelling. 16
Scheurl. 111
Schilda. 121
Schiller. 44, 46*n*, 64, 78*n*, 79*n*, 94, 124
Schirmer. 111
Schlesinger. 71, 111
Schliemann. 227
Schlossmann. 223*n*, 243*n*
Schmidt. 111
Schmul. 77
Schnabel. 46*n*
Schopenhauer. 22, 215
Schulze. 69
Sell. 47*n*, 111
Séneca. 136
Seuffert. 94*n*, 101, 102
Shakespeare. 101, 159*n*
Shylock. 198, 205
Silio. 180
Simónides. 149
Sintenis. 76
Sión. 143
Sófocles. 185 a 187
Stahl. 14, 16
Stintzing. 111
Stoerk. 261*n*
Strauss. 78
Strippelmann. 100
Studemund. 174*n*

T

Tarquino, el Joven. 200
Temis. 87
Teodora, emperatriz. 106*n*
Thibaut. 18, 238*n*
Thöl. 286

Thomasio. 233
Ticio. 49, 90
Tomás de Aquino. 22, 26
Triboniano. 106*n*
Trinidad, la Santísima. 42, 221
Tulio. 158

U

Ulpiano. 47, 49, 73, 230*n*
Unger. 111
Unterholzner. 249*n*

V

Valerio. 133, 176
Valerio Máximo. 230*n*
Valerio Probo. 165*n*, 166
Valio. 178, 180
Vangerow. 46*n*, 67, 68, 70, 72*n*, 76, 80, 81, 111, 236*n*
Varrón. 128, 134*n*, 151, 173, 196*n*, 227
Vaticano, el. 131, 143
Veleyo Paterculo. *Vid.* Paterculo, Veleyo.
Vering. 53, 111
Verona. 127
Veyes (Veies). 207
Villey. 26
Virginia. 200
Voigt. 160*n*
Volkmar. 83 a 85, 97
Volumnio. 132, 133

W

Wach. 172*n*
Wächter. 111, 219
Warnkönig. 262*n*
Wening-Ingelheim. 132*n*
Wetzell. 111
Wieacker. 18
Windscheid. 13, 19, 42, 111
Witte. 111

Z

Zeus. 233, 234*n*
Zwickauer. 69